



INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES.-

Expediente No. SCPM-IGT-INICPD-002-2021

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES.- Quito D.M., 22 de octubre de 2021.- **VISTOS.-** En mi calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-2021-093-A de 4 de febrero de 2021, en uso de mis facultades, dentro del presente proceso de investigación, en lo principal indico lo siguiente:

PRIMERO.- ANTECEDENTES

- Mediante escrito y anexos presentados por Fabián Marcelo Quinteros Vaca, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX (en adelante también GELATOMIX), portador de la cédula de ciudadanía No. 1704480787, el 19 de enero de 2021, las 09h24, con ID 182177, dicho operador económico presentó una denuncia en contra del operador económico SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ, titular del nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO y de la marca BOGATI (en adelante también BOGATI), con Registro Único de Contribuyentes, No. 1804093787001.
- Mediante providencia de 01 de febrero de 2021, la Intendencia, en lo principal, consideró que la denuncia es clara y completa, en consecuencia avocó conocimiento de la denuncia presentada. En tal virtud, abrió el expediente signado con el número SCPM-IGT-INICPD-002-2021 y dispuso correr traslado con la denuncia y la documentación respectiva al denunciado en la dirección señalada por GELATOMIX. En adición, ordenó las siguientes actuaciones previas:

QUINTO.- Al amparo de las facultades de investigación previstas en el artículo 50 y artículo 55, inciso último de la LORCPM, remítase atento oficio a Radio Bandida de la ciudad de Ambato, a fin de que en el término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación con esta disposición, informe a esta autoridad:

5.1. El detalle de las pautas publicitarias contratadas por el señor SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ, titular del nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO y de la marca BOGATI, o por cualquier persona que haya pautado publicidad de la marca de helados BOGATI.

Este detalle debe constar en una matriz en formato Excel, sin restricción alguna, detallando la fecha, hora y duración de la cuña publicitaria.

En adición, deberá remitir en un CD aparte, el audio o audios de la publicidad de helados BOGATI transmitidas a través de la frecuencia radial.

5.2. El alcance geográfico a la transmisión de la frecuencia 89.7FM.

5.3. Indicar si la transmisión radial se la realiza también a través de internet. En dicho caso, deberá remitir el enlace electrónico a través del cual transmite, el horario y el nombre de la página web o



red social a través de la cual transmite.

5.4. Finalmente, deberá informar si a través de la transmisión vía internet se ha emitido la publicidad de helados BOGATI.

- Mediante escrito y anexo presentados por Fabián Marcelo Quinteros Vaca, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX, el día 4 de febrero de 2021, las 11h49, con ID 184124, el operador remitió el comercial “DEBATE 2021 BOGATI VS CHELATOMESK”, y solicitó que se analice su contenido con el fin de identificar las prácticas desleales denunciadas.
- Mediante escrito y anexo presentados por Radio Bandida el día 5 de febrero de 2021, las 14h10, con ID 184271, dicho medio de comunicación entregó a esta Autoridad la información solicitada.
- El Cuestionario No. I remitido para los operadores BOGATI y GELATOMIX, mediante el cual, se solicitó información relacionada con listado de precios, unidades, ingresos por ventas por concepto de la venta de helados artesanales, además, de unidades por provincia, barreras de entrada, inversiones iniciales, competidores, márgenes y procesos de producción de sus helados.
- Mediante providencia de 19 de febrero de 2021, la Intendencia, en lo principal, agregó al expediente los escritos referidos ut supra, solicitó información respecto del cuestionario I, y ordenó:

QUINTO.- De la revisión de los medios de verificación de la notificación ordenada al operador económico BOGATI, se desprende que la respectiva boleta no fue entregada en la persona del señor SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ. En tal virtud, y al amparo de los artículos 164, inciso segundo, 165 y 166 del Código Orgánico Administrativo, esta autoridad dispone notificar nuevamente al señor SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ, con el contenido de la denuncia, sus anexos, la providencia de 1 de febrero de 2021 y esta providencia, en la dirección señalada en la providencia de 01 de febrero de 2021. En adición, deberá notificarse en la dirección de correo electrónico bogati.ec@gmail.com, sin perjuicio de la obligación de notificar en persona. (Énfasis añadido)

- El escrito y anexos presentados por el señor Santiago René Castro Núñez en su calidad de titular de la marca comercial BOGATI ingresado el 24 de febrero de 2021 las 14h36 signado ID 186231, mediante el cual presentó sus explicaciones.
- El Cuestionario II, mediante el cual, se solicitó información al Servicio de Rentas Internas (SRI), respecto de los ingresos por ventas de los operadores GELATOMIX y BOGATI, así como de la actividad económica C1050.05.01 y del total de contribuyentes de los años 2018 y 2019.
- La providencia de 25 de febrero de 2021, mediante la cual, la Intendencia agregó al expediente el Cuestionario II, y dispuso que se notifique al Servicio de Rentas Internas. En adición, agregó y atendió el escrito de explicaciones de BOGATI, declarando como confidencial el escrito de explicaciones y ciertos anexos.
- El escrito y anexos presentados por GELATOMIX, el día 01 de marzo de 2021, las 14h26, con ID 186685, mediante el cual entregó la información solicitada por esta Autoridad mediante



Cuestionario I.

- El escrito y anexos presentados por BOGATI, el día 2 de marzo de 2021, las 17h36, con ID 186890, mediante el cual entregó los extractos no confidenciales solicitados por esta dependencia, y solicitó copias de ciertas piezas procesales.
- La providencia de 08 de marzo de 2021, mediante la cual, la Intendencia despachó los escritos de GELATOMIX y BOGATI, y ordenó, en lo principal:

TERCERO. – En virtud de las facultades de investigación previstas en los artículos 50 y 55 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Intendencia dispone notificar nuevamente al señor Santiago René Castro Núñez, en su calidad de titular de la marca comercial Bogati, con el ID Anexo 332963, a fin de que en un término no mayor a tres (3) días, contados a partir de la notificación con esta disposición, informe a esta Autoridad si ha emitido publicidad denominada “DEBATE 2021 BOGATI VS CHELATOMESK” en la red social Facebook, o en su defecto indique si alguno de sus franquiciados lo ha hecho.

- La providencia de 09 de marzo de 2021, mediante la cual la INICPD ordenó:

PRIMERO. – Mediante providencia de 4 de marzo de 2021, esta Autoridad ordenó: “2.2. Esta Intendencia verifica que el operador económico remitió, a más de los extractos no confidenciales, los documentos: i) Análisis de tráfico de radio bandida, ii) Escrito de explicaciones y iii) Contrato de franquicia celebrado entre Santiago Castro y Marco Toledo Pérez Zamora. Dado que estos documentos contienen información confidencial, conforme lo establecido en el artículo 3 del Reglamento de la LORCPM y, en aplicación de lo determinado en los artículos 6, 9 y 10 del Instructivo para el Tratamiento de la Información de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado contenida en la Resolución N° SCPMDS-2020-41 emitida el 5 de octubre de 2020 por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, esta autoridad declara como confidencial los documentos con ID anexo 338990, ID anexo 338992 e ID anexo 338992”. Sin embargo, debido a un lapsus clavis, se digitó el Id anexo 338992 dos veces, siendo lo correcto, de acuerdo con la motivación constante en dicha providencia, que se declare como confidencial los documentos signados con ID anexo 338990, ID anexo 338992 e ID anexo 338994. En tal virtud, conforme lo previsto en el artículo 133, inciso tercero del Código Orgánico Administrativo, esta Intendencia rectifica el error de digitación, y ratifica la declaración de confidencialidad de los documentos con ID anexo 338990, ID anexo 338992 e ID anexo 338994.

- El escrito presentado por Mario Lascano Ortega, en su calidad de abogado patrocinador de Santiago Rene Castro Núñez, el día 09 de marzo de 2021, las 09h51, con ID 187378, mediante el cual autorizó al abogado José Jervis Dávalos, con cédula de ciudadanía No. 1716176944, para acceder al expediente en el día y hora señalados mediante providencia de 8 de marzo de 2021.
- El “ACTA DE REVISIÓN DEL EXPEDIENTE DIGITAL”, de 9 de marzo de 2021, las 10h00, suscrita entre Enrique José Jervis Dávalos y la Secretaria de Sustanciación.
- El Cuestionario III, remitido a operadores económicos del sector de helados, mediante el cual, se solicitó listado de precios, unidades e ingresos por ventas, canales de comercialización, costos de producción, barreras de entrada, inversión inicial, principales competidores, márgenes y cadena



productiva.

- La providencia de 10 de marzo de 2021, mediante la cual, la Intendencia, en lo principal, despachó el escrito de BOGATI, así como el cuestionario III, y ordenó:

CUARTO. – Al amparo de las facultades de investigación previstas en los artículos 50 y 55, inciso tercero de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad ordena remitir atento oficio a los operadores económicos HOLDING TONICORP S.A., UNILEVER ANDINA ECUADOR S.A., FABRILACTEOS CIA. LTDA. HELADOS JOTAERRE, HELADERIAS COFRUNAT CIA.LTDA. LOS COQUEIROS, SABORES INDUSTRIALIZADOS ECUATORIANOS SAINEC S.A./HELADOS SOVRANA y VILLAVICENCIO NEIRA ESTHER YOLANDA/HELADOS FRESKITO, acompañando una copia del cuestionario III, a fin de que en el término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación con esta disposición, lo contesten y remitan a esta Autoridad.

- El escrito y anexos presentados por GELATOMIX, el día 10 de marzo de 2021, las 13h44, con ID 187715, mediante el cual entregó el extracto no confidencial de cuestionario No. I.
- El escrito y anexos presentados por GELATOMIX, el día 11 de marzo de 2021, las 15h02, con ID 187863, mediante el cual, realizó varias observaciones respecto del mercado relevante y la solicitud de información a los operadores económicos referidos en la providencia 10 de marzo de 2021.
- El escrito y anexos presentados por BOGATTI, el día 11 de marzo de 2021, las 16h45, con ID 187885, mediante el cual, remitió la información del cuestionario No. I, contratos de provisión y su extracto no confidencial.
- El escrito y anexos presentados por UNILEVER, el día 12 de marzo de 2021, las 16h30, con ID 187988, mediante el cual, solicitó prórroga para la entrega de información contenida en el cuestionario III.
- El escrito y anexos presentados por FABRILACTEOS CIA. LTDA, el día 16 de marzo de 2021, las 10h52, con ID 188221, mediante el cual, autorizó a su abogado y solicitó copias y acceso al expediente.
- El escrito y anexos presentados por HELADERÍA COFRUNAT CIA. LTDA., el día 16 de marzo de 2021, las 12h59, con ID 188303, mediante el cual, remitió la información contenida en el cuestionario III, y solicitó que la misma sea declarada como confidencial.
- El escrito y anexos presentados por FABRILACTEOS CIA. LTDA., el día 18 de marzo de 2021, las 12h19, con ID 188518, mediante el cual, solicitó una reunión de trabajo y una prórroga la entrega de información contenida en el cuestionario III.
- El escrito y anexos presentados por SAINEC S.A., el día 18 de marzo de 2021, las 16h32, con ID 188599, mediante el cual, remitió información contenida en el cuestionario III.



- El escrito y anexos presentados por TONICORP S.A., el día 19 de marzo de 2021, las 15h27, con ID 188695, mediante el cual, solicitó una prórroga la entrega de información contenida en el cuestionario III.
- La providencia de 23 de marzo de 2021, mediante la cual, la Intendencia, en lo principal, atendió los escritos referidos ut supra.
- La resolución de inicio de investigación de 25 de marzo de 2021, con ID 189174, mediante la cual, la Intendencia ordenó el inicio de investigación en contra del operador económico SANTIAGO RENE CASTRO NÚÑEZ, titular del nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO y de la marca BOGATI, con Registro Único de Contribuyentes, No. 1804093787001, 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, cuyo plazo de duración no podrá exceder de ciento ochenta (180) días, prorrogables por una sola vez hasta por ciento ochenta días (180).
- El escrito y anexo presentado por Unilever Andina Ecuador S.A., el día 25 de marzo de 2021, las 17h51, con ID 189246, a través del cual remitió información contenida en el Cuestionario III y solicitó que la misma sea declarada como confidencial.
- El escrito y anexo presentados por Unilever Andina Ecuador S.A., el día 25 de marzo de 2021, las 18h01, con ID 189247, en el cual remitió nuevamente información contenida en el Cuestionario III y solicitó que la misma sea declarada como confidencial.
- El escrito y anexos presentados por FABRILÁCTEOS CIA. LTDA., el día 26 de marzo de 2021, las 12h37, con ID 189282, en el cual legitimó la calidad en la que comparece Ramón Salazar, remitió información contenida en el Cuestionario III y solicitó que el anexo II del referido cuestionario sea declarado como confidencial.
- El escrito y anexos presentados Heladería Confrunat Cía. Ltda., el día 29 de marzo de 2021, las 12h57, con ID 189388, mediante el cual remitió el extracto no confidencial del cuestionario III.
- El escrito y anexo presentados por Holding Tonicorp S.A., el día 31 de marzo de 2021, las 17h28, con ID 189897, en el cual remitió nuevamente información contenida en el Cuestionario III.
- La razón y el extracto no confidencial elaborados por el funcionario Franklin Arévalo Vásquez, con ID 191242, en relación con la información constante en el ID 187885, ID anexo 341575, ID anexo 341576, ID anexo 341577 e ID anexo 341578, del operador BOGATI.
- La providencia de 12 de abril de 2021, mediante la cual, la Intendencia, en lo principal, atendió los escritos referidos ut supra.
- El escrito y anexos presentado por Heladerías Cofrunat Cía. Ltda., el día 14 de marzo de 2021, las 14h16, con ID 191503, en el que remitió la información solicitada por la Intendencia respecto a información confidencial y extracto o confidencial correspondientes al Cuestionario III y solicitó



que la información correspondiente sea declarada como confidencial.

- El escrito y anexo presentado por Holding Tonicorp S.A., el día 15 de marzo de 2021, las 15h27, con ID 191623, a través del cual remitió el extracto no confidencial correspondiente al Cuestionario III.
- La providencia de 23 de abril del 2021, con ID 192458, mediante el cual, la Intendencia en lo principal: agregó los documentos e información remitida por los operadores económicos Heladerías Cofrunat Cía. Ltda. y Holding Tonicorp S.A.; ordenó a BOGATI remitir la información del Cuestionario I respecto a los locales franquiciados, incluso si no son de su propiedad; puso en conocimiento de las partes, la Resolución No. SCPM-DS-2021-14, de 22 de abril de 2021, del señor Superintendente de Control del Poder de Mercado, en la que suspende plazos y términos del 26 de abril al 20 de mayo del año 2021 y ordenó:

CUARTO.- Esta Intendencia revoca la disposición novena de la providencia de 22 de marzo de 2021, específicamente la de: "...esta Intendencia solicita nuevamente al operador económico que remita a esta autoridad la información requerida mediante cuestionario III. Para dicho efecto, se concede al operador económico el término de dos días, contados a partir de la notificación con esta disposición". 4.2. Remítase atento memorando a la Secretaría General, para que en el término de un (1) día siente la razón en la que indique la fecha en la que remitió a esta Intendencia el anexo del escrito presentado por SAINEC S.A., el día 18 de marzo de 2021, las 16h32, con ID 188599. (...) 4.4) (...) esta Intendencia declara como confidencial la información constante en el ID 188599, ID anexo 350770. 4.5. Esta Intendencia dispone al operador económico que en un término no mayor a tres (3) días, contados a partir de la notificación de esta disposición remita a esta Autoridad un extracto no confidencial de la información que ha sido declarada como confidencial en esta providencia.

- La razón emitida por la Secretaría General de 21 de mayo de 2021, con ID 194971, certificando la información solicitada por la Intendencia respecto al ID 188599.
- La providencia de 25 de mayo del 2021, con ID 194142, mediante la cual, la Intendencia en lo principal: pone en conocimiento el levantamiento de la suspensión de plazos y términos y ordenó:

SEGUNDO. – En virtud de las atribuciones de investigación conferidas a esta Autoridad, previstas en los artículos 49 y 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Intendencia dispone: 2.1. Remitir atento oficio, acompañado del cuestionario III a los siguientes operadores económicos: 1. PAREDES SANCHEZ SANDRA ELIZABETH con RUC 1710646090001 y nombre comercial Heidy Heladería. 2. PEREZ SILVA HUGO PAUL con RUC 1717092819001 y nombre comercial HELARTE HELADOS ARTESANALES CON QUESO Y CREMA 3. CACERES GONZALEZ GONZALO RAFAEL con RUC 1710011295001 y nombre comercial FRUTICREAM. 4. BENAVIDES MOGROVEJO YANANDI PATRICIA con 550680334001 y nombre comercial Fruits&coffee. 5. HELADOS ME GUSTA MGUSTA CIA. LTDA., con RUC 2390019214001 y nombre comercial HELADOS ME GUSTA MGUSTA. 6. HELADOS DEL ECUADOR ECUAHEL CIA. LTDA., con RUC 1792476100001 y nombre comercial PABLOSKY 7. SCHNABEL DELGADO ALFREDO EDGARDO con RUC 1391918070001 y nombre comercial HELADOSTUCAN S.A. 8. JARRIN STAGG BORIS ANDRES con RUC 0992800844001 y nombre comercial HELADOS IDEAL S.A. HELIDEAL. 9. VALENCIA TORRES SANDRA AMERICA con RUC 0401527957001 y



nombre comercial LOS HELADOS DE LA COLON. 10. LOAIZA RIOS CHRISTIAM PATRICIO con RUC 0703428987001 y nombre comercial HELADOS ARTESANALES DEL CERRO. 11. TAPIA GUAPULEMA JESSENIA ALEJANDRA con RUC 1200636056001 y nombre comercial FROPO. 12. ORDOÑEZ RAMON JENIFER MISHIEL con RUC 1900623123001 y nombre comercial HELADOS ARTESANALES DON VICHE. 13. HELADERIAS GOURMET HEGOU CIA. LTDA., con RUC 1191752003001 y nombre comercial PINGUINO GOURMET. 14. Moran Gurumendi Lorena Estefania, con RUC 0924093057001 y nombre comercial HELADERIA TOPSY. 15. MONTANCHEZ GUERRERO MARIA CECILIA con RUC 1002264503001 y nombre comercial LOS HELADOS DE CECY. 16. SILVA FIGUEROA ADRIANA DE LOS ANGELES con RUC 1718473356001 y nombre comercial LOS HELADOS. 17. VALENCIA NARANJO JOSUE ALEJANDRO con RUC 1600736597001 y nombre comercial LOS HELADOS DEL NEGRO. 18. PROAÑO GUAMAN TITA ANDREA con RUC 0992969032001 y nombre comercial HELADERIA HELAGURT HELAGURTSA C. LTDA.. 19. HERMOZA ENRIQUEZ FRANKLIN MARCELO con RUC 1002161063001 y nombre comercial DEFRANLU. 20. IBARRA RUANO SANDRA LORENA con RUC 1721787602001 y nombre comercial FRUTI CREAM. 21. SANDOVAL SUQUILLO HECTOR ISIDRO con RUC 1718232646001 y nombre comercial HELARTE HELADOS ARTESANALES CON QUESO Y CREMA. 22. PAEZ AGUINAGA LUIS MIGUEL con RUC 1715821847001 y nombre comercial HELARTE. 23. HELADERIAS TUTTO FREDDO S.A. con RUC 0190169839001. 24. DISTRITOPSY S.A. con RUC 0992744014001. 25. INDUSTRIA ALIMENTICIA HELARTE S.A., con RUC 0791783275001. 2.2. Ordenar a los operadores económicos detallados en el numeral 2.1., de esta providencia, que en un término no mayor a veinte (20) días, contados a partir de la notificación con esta disposición remitan a esta dependencia la información solicitada en el Cuestionario III, en formato Excel y sin restricción alguna.

- El escrito y anexo presentados por BORIS ANDRES JARRIN STAGG en su calidad de representante legal de la compañía HELADOS IDEAL S.A HELIDEAL, el día 10 de junio de 2021, las 14h57, con ID 196164, en el que el operador indicó no haber tenido operaciones conforme sus estados financieros.
- El escrito y anexo presentados por TITA ANDREA PROAÑO GUAMÁN, en su calidad de representante legal de la compañía HELADERIA HELAGURT HELAGURTSA C. LTDA., el día 11 de junio de 2021, las 14h30, con ID 196269, mediante el cual remitió el Cuestionario III.
- La providencia de 16 de junio de 2021, con ID 197031, mediante la cual, la Intendencia, en lo principal, atendió los escritos referidos ut supra.
- El escrito presentado por Heladostucán S.A., el día 16 de junio de 2021, las 11h04, con ID 196818, en el que remitió la información contenida en el Cuestionario III.
- El escrito presentado por Mario Lascano Ortega, en su calidad de abogado defensor de Santiago Castro, el día 17 de junio de 2021, las 09h40, con ID 197015, en el que solicitó una prórroga para entregar la información solicitada por la Intendencia.
- El escrito presentado por José Antonio Ochoa García, en su calidad de gerente general de HELADERIAS TUTTO FEDDO S.A., el día 21 de junio de 2021, las 09h19, con ID 197294, en el cual solicitó una prórroga para entregar la información solicitada por la Intendencia.



- El escrito y anexos presentados por el operador económico HELADERIA HELAGURT HELAGURTSA C. LTDA., el día 22 de junio de 2021, las 09h04, con ID 197424, en el que remitió la información respecto al Cuestionario III.
- El escrito y anexo presentados por Josué Alejandro Valencia Naranjo en calidad de representante legal del operador económico Los Helados del Negro, el día 22 de junio de 2021, las 17h21, con ID 197553, mediante el cual remitió la información del Cuestionario III.
- El escrito y anexos presentados por Jennifer Mishel Ordóñez Ramón, en su calidad de representante legal del operador económico HELADOS ARTESANALES DON VICHE, el día 24 de junio de 2021, las 14h15, con ID 197754 en el cual remitió información del Cuestionario III.
- El escrito y anexos presentados por GONZALO RAFAEL CÁCERES GONZALEZ, como representante legal de FRUTICREAM con identificación tributaria. No. 1710011295001, el día 24 de junio de 2021, las 16h12, con ID 197779, en el cual remitió información del Cuestionario III.
- El escrito y anexos presentados por SANDRA LORENA IBARRA RUANO, representante legal de FRUTICREAM con identificación tributaria No. 1721787602001, el día 24 de junio de 2021, las 16h21, con ID 197781, en el cual remitió información del Cuestionario III.
- El escrito y anexos presentados por Mario Lascano Ortega, en su calidad de abogado defensor de Santiago Castro, el día 24 de junio de 2021, las 16h52, con ID 197790, en el que remitió la información del cuestionario I respecto a sus franquicias y solicita copia del expediente.
- El escrito y anexo presentados por Sandra Elizabeth Paredes Sánchez a nombre de HEIDY HELADERÍA, el día 25 de junio de 2021, las 14h41, las 197879, en el que remitió la información correspondiente al Cuestionario III.
- La providencia de 1 de julio de 2021, con ID 198623, en la que la Intendencia despacha los escritos *ut supra* y dispuso al señor Fabián Quinteros Vaca informe acerca de la fabricación de sus productos y ordenó:

12.1. – Remítase atento oficio al operador económico Heladería y Cafetería D´ Franlu, con nombre comercial Dfranlu del perteneciente a Franklin Marcelo Hermoza Enríquez, con RUC: 1002161063001, a fin de que en un término no mayor a tres (3) días, contados a partir de la notificación con esta providencia informe a esta autoridad lo siguiente:

Remitir la fórmula con la cual está compuesta el producto “helado artesanal”.

Remitir la fórmula con la que está compuesta la crema que acompaña a sus helados artesanales.

Describa el proceso de elaboración de sus helados artesanales, indicando los instrumentos y/o herramientas utilizadas para el efecto.

Indicar el lugar en el que se fabrica el producto “helado artesanal”.



Señalar los canales de comercialización de sus productos.

Identificar a sus principales clientes, junto con las cantidades vendidas con desglose mensual.

- El escrito presentado por Fabián Marcelo Quinteros Vaca, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX, el día 05 de julio de 2021, las 12h34, con ID 198864, en el que remitió la información solicitada por la Intendencia, respecto a la fabricación de sus productos.
- La providencia de 7 de julio de 2021, con ID 200067, en la que la Intendencia despachó el escrito del operador Gelatomix y señaló el día 13 de julio de 2021 para la entrega de copias simples al mismo operador.
- El escrito y anexos presentados por Alfredo Schnabel Delgado, en su calidad de representante legal del operador económico HELADOSTUCAN, el día 07 de julio de 2021, las 11h02, con ID 200074, mediante el cual remitió el extracto no confidencial del Cuestionario III.
- El escrito y anexo presentados por el operador económico Heladería y Cafetería D Franlu, con nombre comercial Dfranlu, perteneciente a Franklin Marcelo Hermoza Enríquez, el día 12 de julio de 2021, las 11h09, con ID 200533, en el que remitió la información solicitada por la Intendencia.
- La providencia de 12 de julio de 2021, en la que la Intendencia en lo principal dispuso:
 - 1.11.1. Realizar la diligencia de inspección procesal sin notificación previa en las instalaciones del operador económico Fabián Marcelo Quinteros Vaca, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX, ubicadas en la calle Mariano Hurtado N52-34 y Antonio Román, parroquia Cochapamba de esta ciudad y cantón de Quito, provincia de Pichincha, el día martes 13 de julio de 2021, a partir de las 10h00, hasta la hora que sea necesaria para llevar a cabo la diligencia.
- El acta de entrega de copias simples del expediente reservado digital al operador económico BOGATI, a través del abogado Enrique José Jervis Dávalos, de fecha 13 de julio de 2021, las 15h00, con ID 200835.
- El acta de entrega de copias simples del expediente reservado digital al operador económico GELATOMIX, a través del abogado Yenán Andrés Reyes Robles, de fecha 13 de julio de 2021, las 16h00, con ID 200860.
- La providencia de 13 de julio de 2021, en la que la Intendencia en lo principal dispuso:
 - 1.11.1. Realizar la diligencia de inspección procesal sin notificación previa en las instalaciones del operador económico Franklin Marcelo Hermoza Enríquez, con cédula de ciudadanía 1002161063, titular del nombre comercial Heladería y Cafetería D´ Franlu, ubicadas en la calle Hernan Gonzales de Saa, y calle sin nombre de la ciudad de Ibarra, provincia de Imbabura, el día martes 14 de julio de 2021, a partir de las 10h30, hasta la hora que sea necesaria para llevar a cabo la diligencia.
- El escrito y anexos presentados por Margarita Ullari Guerrero, en su calidad de Contadora General de HELADERIAS TUTTO FREDDO S.A., el día 14 de julio de 2021, las 14h14, con ID



201071, en el que remitió la información del Cuestionario III.

- La providencia de 15 de julio de 2021, con ID 201506, en el que la Intendencia en lo principal dispuso:
 - 2.11.1. Realizar la diligencia de inspección procesal sin notificación previa en el punto de venta del operador económico Santiago Castro titular del nombre comercial Bogati, ubicadas en la Av. 9 de octubre y Av. del ejército frente al Hotel Oro Verde, de la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas, el día 15 de julio de 2021, a partir de las 12h00 hasta las hora que sea necesaria para llevar a cabo la diligencia.
- La providencia de 15 de julio de 2021, con ID 201509, en el que la Intendencia en lo principal dispuso:
 - 1.11.1 Realizar la diligencia de inspección procesal sin notificación previa en el punto de venta del operador económico Santiago Castro titular del nombre comercial Bogati, ubicadas en Av. 9 de Octubre y Gral. Cordova, frente a la Plaza San Francisco, de la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas, el día 15 de julio de 2021, a partir de las 12h00 hasta las hora que sea necesaria para llevar a cabo la diligencia.
- La providencia de 15 de julio de 2021, con ID 201510, en el que la Intendencia en lo principal dispuso:
 - 1.11.1. Realizar la diligencia de inspección procesal sin notificación previa en el punto de venta del operador económico Santiago Castro titular del nombre comercial Bogati, ubicadas en la Av. Víctor Emilio Estrada y Jiguas junto a Estuardo Sánchez, de la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas, el día 15 de julio de 2021, a partir de las 12h00 hasta las hora que sea necesaria para llevar a cabo la diligencia.
- La providencia de 15 de julio de 2021, con ID 201511 en el que la Intendencia en lo principal dispuso:
 - 1.11.1. Realizar la diligencia de inspección procesal sin notificación previa en el punto de venta del operador económico Santiago Castro titular del nombre comercial Bogati, ubicadas en la Av. Agustín Freire y Eloy Vázquez Cevallos, junto a Stand Up Comedy “Shumare”, de la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas, el día 15 de julio de 2021, a partir de las 12h00 hasta las hora que sea necesaria para llevar a cabo la diligencia.
- El acta y grabación de la inspección llevada a cabo con la autorización del operador económico inspeccionado, en las instalaciones del operador económico Fabián Marcelo Quinteros Vaca, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX, ubicadas en Mariano Hurtado N5234 y Antonio Román, parroquia Cochapamba de esta ciudad de Quito, el día 13 de julio de 2021, las 09h55, que consta en este expediente con ID 201607
- El acta y grabación de la inspección llevada a cabo con la autorización del inspeccionado, en la planta de producción del operador económico con nombre comercial Heladería y Cafetería D´Franlu, sobre la calle Hernán Gonzales de Saa, y calle sin nombre de la ciudad de Ibarra,



provincia de Imbabura, el día 14 de julio de 2021, las 11h24, que consta en este expediente con ID 201725.

- El acta y grabación de la inspección llevada a cabo con la autorización del inspeccionado, en el local comercial BOGATI CENTRO, ubicada en Av. 9 de Octubre y Av. Del Ejército, frente al Hotel Oro Verde, de la ciudad de Guayaquil, providencia del Guayas, el día 15 de julio de 2021, las 13h20, que consta en este expediente con ID 201633
- El acta y grabación de la inspección llevada a cabo con la autorización del inspeccionado, en el local comercial BOGATI PLAZA SAN FRANCISCO, ubicado en Av. 9 de Octubre y General Córdova, frente a la Plaza San Francisco, Guayaquil, Guayas, el día 15 de julio de 2021, las 14h41, que consta en este expediente con ID 201712.
- El acta y grabación de la inspección llevada a cabo con la autorización del inspeccionado, en el local comercial BOGATI LA GARZOTA, ubicado en Av. 9 de Octubre y General Córdova, frente a la Plaza San Francisco, Guayaquil, Guayas, el día 15 de julio de 2021, las 15h35, que consta en este expediente con ID 201717.
- El acta y grabación de la inspección llevada a cabo con la autorización del inspeccionado, en el local comercial BOGATI URDESA, ubicado en Av. Víctor Emilio Estrada y Jiguas, Junto a Estuardo Sánchez, Guayaquil, Guayas, el día 15 de julio de 2021, las 16h22, que consta en este expediente con ID 201718.
- La providencia de 21 de julio de 2021, en la que la Intendencia en lo principal agregó y despacho los escritos *ut supra* y ordenó:

DÉCIMO SEGUNDO. – De la revisión del expediente esta Intendencia ha verificado que ciertos operadores económicos no han entregado la información solicitada a través del Cuestionario III. En virtud de lo expuesto, y al amparo de las facultades de investigación establecidas en los artículos 48, número 1, 49 y 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado – LORCPM, remítase nuevamente atento oficio a los operadores económicos BENAVIDES MOGROVEJO YANANDI PATRICIA, con nombre comercial Fruits&coffee, VALENCIA TORRES SANDRA AMERICA, con nombre comercial LOS HELADOS DE LA COLON, LOAIZA RIOS CHRISTIAM PATRICIO, con nombre comercial HELADOS ARTESANALES DEL CERRO, TAPIA GUAPULEMA JESSENIA ALEJANDRA FROPO, con nombre comercial, HELADERIAS GOURMET HEGOU CIA. LTDA. PINGUINO GOURMET, SILVA FIGUEROA ADRIANA DE LOS ANGELES, con nombre comercial LOS HELADOS, HERMOZA ENRIQUEZ FRANKLIN MARCELO, con nombre comercial DEFANLU, SANDOVAL SUQUILLO HECTOR ISIDRO, con nombre comercial HELARTE HELADOS ARTESANALES CON QUESO Y CREMA, y PAEZ AGUINAGA LUIS MIGUEL, con nombre comercial HELARTE, a fin de que en un término no mayor a cinco (5) días, contados a partir de la notificación con esta disposición, den contestación al Cuestionario III, y lo remitan a esta dependencia en formato Excel y sin restricción alguna.

DÉCIMO TERCERO. – De la revisión del expediente se desprende que los operadores económicos SCHNABEL DELGADO ALFREDO EDGARDO, con nombre comercial HELADOSTUCAN S.A. y VALENCIA NARANJO JOSUE ALEJANDRO, con nombre comercial LOS HELADOS DEL NEGRO



ha remitido la información solicitada mediante cuestionario III en un formato no accesible para su procedimiento, por lo que, con base en las facultades de investigación establecidas en los artículos 48, número 1, 49 y 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado – LORCPM, esta Intendencia dispone a los aludidos operadores económicos que en un término no mayor a tres (3) días, contados a partir de la notificación con esta disposición, remitan la información en formato Excel y sin restricción alguna.

- El escrito y anexo presentados por Sandra Elizabeth Paredes Sánchez, con nombre comercial Heidy Heladería con RUC 1710646090001, el día 22 de julio de 2021, las 12h24, con ID 201999, en el que remitió la información respecto al Cuestionario III.
- El escrito y anexo presentados por María Ullauri Guerrero, en su calidad de Contadora General de Heladerías TUTTO FREDDO S.A., el día 29 de julio de 2021, las 10h36, con ID 202478 en el que remitió el extracto no confidencial del Cuestionario III.
- El Cuestionario No. IV, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, el día 30 de julio de 2021, con ID 202683, por medio del cual la Intendencia solicitó información a los operadores económicos, con respecto a la producción y comercialización de helados artesanales.
- El Cuestionario No. V, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, el día 30 de julio de 2021, con ID 202685, por medio del cual la Intendencia solicitó información a los operadores económicos, con respecto a la producción y comercialización de helados artesanales.
- El escrito presentado por Sandra América Valencia Torres, representante del operador económico con nombre comercial LOS HELADOS DE LA COLÓN, el día 30 de julio de 2021, las 17h11, con ID 202715, en el que el operador remitió el Anexo I y II del Cuestionario III pero no remitió la información del referido cuestionario.
- El escrito y anexos presentados por Sandra América Valencia Torres, representante del operador económico con nombre comercial LOS HELADOS DE LA COLÓN, el día 02 de agosto de 2021, las 10h33, con ID 202778, en el que remitió la información correspondiente al Cuestionario III.
- El escrito y anexos presentados por Franklin Marcelo Hermoza Enríquez, con nombre comercial DEFRANLU, con RUC 1002161063001, el día 04 de agosto de 2021, las 16h14, con ID 203108, en el que remitió la información correspondiente al Cuestionario III.
- El escrito presentado por Yanandi Patricia Benavides Mogrovejo, con cédula de ciudadanía 0550680334, el día 05 de agosto de 2021, ID 203242, en el que el operador solicitó prórroga para remitir la información solicitada por la Intendencia.
- El Informe de la Inspección a Fabián Marcelo Quinteros Vaca, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, el día 11 de agosto de 2021, con ID 203839.



- El Informe de la Inspección a Franklin Marcelo Hermoza Enríquez, titular del nombre comercial Heladería y Cafetería D'Franlu con RUC 1002161063001, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, el día 11 de agosto de 2021, con ID 203840.
- El Informe de la Inspección al operador económico con nombre comercial BOGATI, ubicado en Av. 9 de octubre y Av. Del Ejército, Hotel Oro Verde, de la ciudad de Guayaquil, provincia de Guayas, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, el día 11 de agosto de 2021, con ID 203842.
- El Informe de la Inspección al operador económico con nombre comercial BOGATI, ubicado en Av. 9 de Octubre y General Córdova, Plaza San Francisco, de la ciudad de Guayaquil, provincia de Guayas, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, el día 11 de agosto de 2021, con ID 203852.
- El Informe de la Inspección al Operador económico Sánchez Núñez Erika Yadira, con RUC 1803984986001 con nombre comercial BOGATI, franquiciado de dicha marca, ubicado en Av. Agustín Freire y Eloy Vásquez Cevallos, de la ciudad de Guayaquil, provincia de Guayas, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, el día 11 de agosto de 2021, con ID 203853.
- El Informe de la Inspección al operador económico con nombre comercial BOGATI, ubicado en Av. Víctor Emilio Estrada y Jiguas, junto a Estuardo Sánchez, de la ciudad de Guayaquil, provincia Guayas, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, el día 11 de agosto de 2021, con ID 203854.
- La providencia de 13 de agosto de 2021, en el que la Intendencia despachó los escritos mencionados *ut supra* y en lo principal ordenó a Santiago Castro, titular del nombre y la marca comercial BPOGATI, remita todas las cuñas publicitarias para promocionar sus productos, desde enero de 2021 hasta esa fecha; por otro lado ordenó:

15.1. Remítase atento oficio, acompañando una copia del Cuestionario No. IV, a los siguientes operadores económicos:

1. PAREDES SANCHEZ SANDRA ELIZABETH, con nombre comercial Heidy Heladería, con RUC No. 1710646090001.
2. PEREZ SILVA HUGO PAUL, con nombre comercial HELARTE HELADOS ARTESANALES CON QUESO Y CREMA, con RUC No. 1710646090001.
3. CACERES GONZALEZ GONZALO RAFAEL, con nombre comercial FRUTICREAM, con RUC No. 1710011295001.
4. BENAVIDES MOGROVEJO YANANDI PATRICIA, con nombre comercial Fruits&coffee, con RUC No. 0550680334001.
5. JARRIN STAGG BORIS ANDRES, con nombre comercial HELADOS IDEAL S.A.



HELIDEAL, con RUC No. 0992800844001.

6. VALENCIA TORRES SANDRA AMERICA, con nombre comercial LOS HELADOS DE LA COLON, con RUC No. 0401527957001.

7. LOAIZA RIOS CHRISTIAM PATRICIO, con nombre comercial HELADOS ARTESANALES DEL CERRO, con RUC No. 0703428987001.

8. TAPIA GUAPULEMA JESSENIA ALEJANDRA, con nombre comercial FROPO, con RUC No. 1200636056001.

9. ORDOÑEZ RAMON JENIFER MISHIEL, con nombre comercial HELADOS ARTESANALES DON VICHE, con RUC No. 1900623123001.

10. SILVA FIGUEROA ADRIANA DE LOS ANGELES, con nombre comercial LOS HELADOS, con RUC No. 1718473356001.

11. VALENCIA NARANJO JOSUE ALEJANDRO, con nombre comercial LOS HELADOS DEL NEGRO, con RUC No. 1600736597001.

12. PROAÑO GUAMAN TITA ANDREA HELADERIA, con nombre comercial HELAGURT HELAGURTSA C. LTDA., con RUC No. 0992969032001.

13. HERMOZA ENRIQUEZ FRANKLIN MARCELO, con nombre comercial DEFRANLU, con RUC No. 1002161063001.

14. IBARRA RUANO SANDRA LORENA, con nombre comercial FRUTI CREAM, con RUC No. 1721787602001.

15. SANDOVAL SUQUILLO HECTOR ISIDRO, con nombre comercial HELARTE HELADOS ARTESANALES CON QUESO Y CREMA, con RUC No. 1718232646001.

16. PAEZ AGUINAGA LUIS MIGUEL, con nombre comercial HELARTE, con RUC No. 1715821847001.

17. HELADERIAS TUTTO FREDDO S.A., con RUC No. 0190169839001

18. SCHNABEL DELGADO ALFREDO EDGARDO, con nombre comercial HELADOSTUCAN S.A., con RUC No. 1391918070001.

19. SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ, titular del nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO y de la marca BOGATI, con Registro Único de Contribuyentes, No. 1804093787001.

20. Fabián Marcelo Quinteros Vaca, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX.

15.2. Esta Intendencia dispone a los operadores económicos enlistados en el numeral 15.1, que en un término no mayor a quince (15) días, contados a partir de la notificación con esta disposición, contesten el Cuestionario No. IV, y lo remitan a esta autoridad en formato Excel y sin restricción alguna.



DÉCIMO SEXTO. – En virtud de las facultades de investigación de la SCPM, previstas en los artículos 48, 49, número 1 y 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Intendencia requiere la colaboración de ciertos operadores económicos en el marco de esta investigación. En tal virtud, esta autoridad dispone:

16.1. Remítase atento oficio, acompañando una copia del Cuestionario No. V, a los siguientes operadores económicos:

1. HOLDING TONICORP S.A., con RUC No. 0992724919001.
2. UNILEVER ANDINA ECUADOR S.A., con RUC No. 1791321596001.
3. FABRILACTEOS CIA. LTDA., con nombre comercial HELADOS JOTAERRE, con RUC No. 1790842479001.
4. HELADERIAS COFRUNAT CIA.LTDA., con nombre comercial LOS COQUEIROS, con RUC No. 1790892875001.
5. SABORES INDUSTRIALIZADOS ECUATORIANOS SAINEC S.A., con nombre comercial HELADOS SOVRANA, con RUC No. 1791882652001.

16.2. Esta Intendencia dispone a los operadores económicos enlistados en el numeral 15.1, que en un término no mayor a quince (15) días, contados a partir de la notificación con esta disposición, contesten el Cuestionario No. V, y lo remitan a esta autoridad en formato Excel y sin restricción alguna.

- El escrito y anexo presentados por Hugo Xavier Bustos Neira, en su calidad de representante legal de HELADERÍAS COFRUNAT CÍA. LTDA., el día 18 de agosto 2021, las 14h35, con ID 204529, en el que remitió la información respecto al Cuestionario V.
- El escrito y anexo presentados por Franklin Marcelo Hermoza Enríquez, con nombre comercial DEFRANLU, con R.U.C., 1002161063001, el día 20 de agosto de 2021, las 11h15, con ID 204844, en el que el operador remitió la información constante en el Cuestionario III.
- El escrito presentado por José Ignacio Mena, en su calidad de Gerente Legal Corporativo de Holding Tonicorp S.A., en día 23 de agosto de 2021, las 16h35, con ID 205131, en la que indica que se dedican únicamente a la tenencia de acciones y se debe remitir el requerimiento de la Intendencia, a las Industrias Lácteas Toni S.A.
- El escrito y anexo presentados por Sandra Elizabeth Paredes Sánchez a nombre de HEIDY HELADERÍA, el día 25 de agosto de 2021, las 13h56, con ID 205346, en el que remitió la información correspondiente al Cuestionario IV.
- La providencia de 25 de agosto de 2021, en el que la Intendencia, despachó los escritos señalados *ut supra*, ordenó se oficie a Industrias Lácteas Toni S.A. para que remita el Cuestionario V, y ordenó se oficie a las estaciones de radio: CADENA RADIAL PANAMERICANA LAPANA S.A., COMPAÑIA CARACOL RADIO FM COMCARF S.A., CONTINENTAL RADIO CONTIRADIO S.A.,



EMPRESA PUBLICA PROVINCIAL RADIO CULTURAL IDENTIDAD EP., EMPRESA PUBLICA DE COMUNICACION DEL ECUADOR EP, ESTACION ALEGRIA ESTALSA S.A., FUNDACION RADIO MARIA, GARCIA PALMA HECTOR OSWALDO, GUARANGA CARRILLO SEGUNDO RAMON, GUEVARA MANZANO JUAN CARLOS, JH RADIO FM PINTRACTU S.A., LEON MELO JAIME FERNANDO, NITROCOMUNICACIONES S.A., PAZ Y BIEN A.M. Y F.M., RADIO BANDIDA RADIOBANDIDA S.A., RADIO BONITA FM RADBONIT S.A., RADIO CARAVANA SA, RADIO F.M. 92 STEREO S.A., RADIO ROMANCE RADIROMASA S. A., RADIO STEREO UNICA FAMILYPR S. A., RADIO ZARACAY FMZARACAY C.A., RICAURTE VINUEZA GALO SANTIAGO, SALAZAR TRUJILLO RAMON FRANCISCO, SERVICIOS COMUNICACIONALES TURBAM S.A., SERVICIOS DE RADIO Y TELEVISION RODALFE CIA. LTDA., SERVICIOS DE RADIODIFUSION BRISAUDIO S.A., SISTEMA RADIAL SIRA CIA. LTDA., SUPER MELODIA SUPERMELODI S.A., TEOFILO F. SILVA BARAHONA E HIJOS COMUNICACIONES CIA. LTDA., VELA GOMEZ LUIS RAMIRO, VELASTEDIAL CIA LTDA, VIERA DIAZ LEONIDAS PATRICIO; para que remitan información respecto a las pautas publicitarias del operador económico BOGATI.

- El escrito y anexo presentados por Yanandi Patricia Benavides Mogrovejo, en su calidad de representante legal de FRUTIS&COFFEE, el día 27 de agosto 2021, las 13h55, con ID 205648, en el que remitió la información respecto al cuestionario IV.
- El escrito presentado por Mario Lascano Ortega, en su calidad de abogado patrocinador de Santiago Rene Castro Núñez, el día 27 de agosto de 2021, las 17h11, con ID 205702, en el que solicitó una prórroga para presentar la información solicitada en providencia de 25 de agosto de 2021.
- El escrito y anexos presentados por Xavier Bustos Neira, en su calidad de Gerente General y representante legal de Heladerías Cofrunat Cía. Ltda., el día 30 de agosto de 2021, las 15h42, con ID 205858, en la que entregó el extracto no confidencial solicitado por la Intendencia.
- El escrito y anexos presentados por Fabián Marcelo Quinteros Vaca, el día 31 de agosto de 2021, las 12h42, con ID 205924, en el que presentó la información respecto al Cuestionario IV.
- El escrito presentado por Carla Cornejo, en su calidad de Jefa de Comercialización de la Empresa Pública de Comunicación del Ecuador EP, el día 01 de septiembre de 2021, las 15h57, con ID 206076, en el que indicó no haber pautado publicidad para Bogati.
- El escrito presentado por RADIO TRICOLOR FM, el día 02 de septiembre de 2021, las 11h52, con ID 206178.
- El escrito presentado por Fundación Radio María, en su calidad de concesionaria de Radio María, el día 02 de septiembre de 2021, las 13h40, con ID 206198, en el que manifestó no haber pautado publicidad para BOGATI.
- El escrito presentado por Fred Andrés Velastegui Zambrano, en su calidad de Gerente General de



RADIO ZARACAY FMZARACAY C.A., el día 03 de septiembre de 2021, las 11h53, con ID 206275, en el que señaló no haber pautado publicidad para BOGATI.

- El escrito presentado por Fausto Suárez Sálazar, en su calidad de Director de Radio Paz y Bien 104.5 FM, el día 03 de septiembre de 2021, las 16h35, con ID 206315, en el que expuso no haber pautado publicidad para BOGATI.
- El escrito presentado por la COMPAÑÍA CARACOL RADIO FM COMCARF S.A/ RADIO CARACOL 91.3 FM, el día 06 de septiembre de 2021, las 11h49, con ID 206382, en el que señaló no haber pautado publicidad para BOGATI.
- El escrito presentado por Mario Canessa Onetto, en su calidad de Presidente de RADIO CARAVANA S.A., el día 06 de septiembre de 2021, las 12h35, con ID 206389 en el que señaló no haber pautado publicidad para BOGATI.
- El escrito y anexo presentados por ESTACION ALEGRIA ESTALSA S.A/ RADIO ALEGRIA 98.5 FM, el día 06 de septiembre de 2021, las 13h59, con ID 206403, en el que manifestó que Santiago Rene Castro Nuñez si pauto publicidad para BOGATI y remitió dicha publicidad.
- El escrito y anexo presentados por Gonzalo Rafael Cáceres González, con nombre comercial FRUTICREAM, el día 06 de septiembre de 2021, las 14h27, con ID 206409, en el que remitió la información relativa al Cuestionario IV.
- El escrito y anexo presentados por Sandra Lorena Ibarra Ruano, con nombre comercial FRUTICREAM, el día 06 de septiembre de 2021, las 14h31, con ID 206411, mediante el cual remitió la información relativa al Cuestionario IV.
- El escrito y anexos presentados por FABRILACTEOS CÍA. LTDA., el día 06 de septiembre de 2021, las 15h08, con ID 206413, en el que presentó la información respecto al Cuestionario V.
- El escrito y anexo presentados por Carla Hernández, en su calidad de apoderada especial y, como tal, representante legal de Unilever Andina Ecuador S.A. (“Unilever”), el día 06 de septiembre de 2021, las 16h52, con ID 206441, en el que entregó la información respecto al Cuestionario V.
- El escrito presentado por Sonia Del Pino, en su calidad de Gerente General de SISTEMA RADIAL SIRA CIA. LTDA., el día 07 de septiembre de 2021, las 09h09, con ID 206491, en el que señaló no haber pautado publicidad para BOGATI.
- El escrito presentado por Héctor Oswaldo García Palma, en su calidad de Gerente de RADIO HECHIZO F.M., el día 07 de septiembre de 2021, las 09h28, con ID 206495, en el que señaló no haber pautado publicidad para BOGATI.
- El escrito presentado por Mario Barona, en su calidad de Gerente de SERVICIOS DE RADIO Y TELEVISION RODALFE CIA. LTDA. RADIO AMBATO Y RADIO AMOR, el día 07 de septiembre de 2021, las 09h55, con ID 206498, en el que señaló no haber pautado publicidad para BOGATI.



- El escrito y anexos presentados por Franklin Marcelo Hermoza Enríquez, con nombre comercial D'Franlu, el día 07 de septiembre de 2021, las 10h41, con ID 206501 a través del cual remitió la información del Cuestionario IV.
- El escrito y anexos presentados por Franklin Marcelo Hermoza Enríquez, con nombre comercial D'Franlu, el día 07 de septiembre de 2021, las 11h39, con ID 206507, en el que entregó la información del Cuestionario IV.
- El escrito presentado por Ramón Salazar T., en su calidad de Gerente de RADIO TELEVISION COLOSAL, el día 07 de septiembre de 2021, las 12h11, con ID 206513, mediante el cual expuso no haber pautado publicidad para BOGATI.
- El escrito presentado por Jaime Giovanni Altamirano Sánchez, en su calidad de Gerente de la Empresa Pública Provincial Radio Cultural Identidad EP, el día 07 de septiembre de 2021, las 13h01, con ID 206522, en el cual expuso no haber pautado publicidad para BOGATI.
- El escrito presentado por José Luis Pazmiño Manzano, el día 08 de septiembre de 2021, las 10h59, con ID 206603, en el que indicó no ser propietario de estación radial y por tanto no haber pautado personalmente publicidad para BOGATI.
- El escrito presentado por María Carmelina Rodríguez Salan, en su calidad de Gerente de Radio Stereo Única FAMILYPR S.A., presentado el día 09 de septiembre de 2021, las 20h38, con ID 206794, en el que señaló no haber pautado publicidad para BOGATI.
- El escrito presentado por Patricio Quintuña, en su calidad de Gerente de Radio Brisa, el día 10 de septiembre de 2021, las 14h20, con ID 207009, en el que señaló no haber pautado publicidad para BOGATI.
- El escrito presentado por Jenifer Mishel Ordoñez Ramón, el día 13 de septiembre de 2021, las 15h57, con ID 207183, en el que remitió información referente al Cuestionario IV.
- El escrito y anexo presentados por el Abg. Carlos Flor Chávez, en su calidad de Apoderado Especial de Industrias Lácteas Toni S.A., el día 14 de septiembre de 2021, las 11h50, con ID 207281, mediante el cual solicitó prórroga para la información solicitada por la Intendencia.
- El escrito y anexo presentados por Hugo Paúl Pérez Silva, a nombre de Helarte Helados Artesanales con Queso y Crema, el día 17 de septiembre de 2021, las 14h28, con ID 207683, mediante el cual remite la información del Cuestionario IV.
- El escrito y anexo presentados por Hugo Paúl Pérez Silva, a nombre de Helarte Helados Artesanales con Queso y Crema, el día 17 de septiembre de 2021, las 14h34, con ID 207684, en el que entregó información del Cuestionario IV de sus 3 sucursales franquiciadas y solicitó confidencialidad de su información.
- La providencia de 20 de septiembre, en el que la Intendencia atendió todos los escritos esgrimidos



ut supra.

- El escrito y anexos presentados por HELADERÍA HELAGURT HELAGURTSA C. LTDA., el día 20 de septiembre de 2021, las 15h46, con ID 207897, en el que remitió el Cuestionario IV.
- El escrito presentado por Héctor Isidro Sandoval Suquillo, el día 20 de septiembre de 2021, las 16h27, con ID 207905, en el que solicitó se considere la entrega de su información con la información remitida por el señor Hugo Paúl Pérez Silva.
- El escrito y anexo presentados por Carla Hernández, en su calidad de apoderada especial y, como tal, representante legal de Unilever Andina Ecuador S.A., el 22 de septiembre de 2021, las 14h41, con ID 208153, en el que entregó el extracto no confidencial solicitado por la Intendencia.
- El escrito y anexo presentados por José Ochoa García, en su calidad de Gerente General de HELADERIAS TUTTO FREDDO S.A., el día 24 de septiembre de 2021, las 16h08, con ID 208485, a través del cual entrega la información del Cuestionario IV.
- El escrito y anexo presentados HELADOS ARTESANALES DON VICHE., el día 28 de septiembre de 2021, las 11h59, con ID 208781, a través del cual entrega la información del Cuestionario IV.
- El escrito y anexos presentados por Roberto Javier Merchán Jiménez, en su calidad de representante legal de JH RADIO FM PINTRACTU S.A. CANELA RADIO, el día 29 de septiembre de 2021, las 09h03, con ID 208859, mediante el cual remitió la publicidad pautaada para BOGATI, a través de la contratación del señor Marcos Tadeo Pérez.
- El escrito y anexos presentados por Santiago René Castro Núñez, en su calidad de titular de la marca comercial Bogati, el día 29 de septiembre de 2021, las 17h07, con ID 209011, en el que entregó la información respecto al Cuestionario IV.
- La providencia de 1 de octubre de 2021, en el que la Intendencia despacha los escritos *ut supra*.
- La razón sentada por la abogada Wendy Betancourt Zurita, así como sus anexos, consistentes en 14 videos, 3 jingles y un documento con nombre "INFORME VIDEOS PÚBLICOS OK" constante con Id. 209314, correspondientes al enlace electrónico: <https://we.tl/t-tB3VGaHnaA>, remitido por el operador económico Santiago René Castro Núñez, en su calidad de titular de la marca Bogati, mediante escrito de 29 de septiembre de 2021, con ID 209011.
- El escrito y anexos presentados por Tita Andrea Proaño Guamán, en su calidad de representante legal de HELADERIA HELAGURT HELAGURTSA C. LTDA., el día 05 de octubre de 2021, las 09h23, con ID 209462.
- El escrito y anexos presentados por José Ignacio Mena, en su calidad de Procurador Judicial de Industrias Lácteas Toni S.A., el día 05 de octubre de 2021, las 11h01, con ID 209489.
- El escrito y anexo presentados HELADOS TUTTO FREDDO S.A., el día 05 de octubre de 2021, las



15h56, con ID 209554.

- El memorando SCPM-INICPD-DNICPD-2021-0122, de 12 de octubre de 2021, elaborado por la abogada Nathally Sarmiento constante en el Id. 210222, mediante el cual, manifestó: “... me permito informar que los siguientes Ids se encuentran por error involuntario clasificados como reservados cuando lo correcto es como confidencial de conformidad con las providencias de 25 de febrero y 23 de marzo de 2021 respectivamente. Respecto de Id 186231 anexo 337578 (...) Respecto del Id 187885 anexos 341576, 341577 y 341578 (...) Del análisis y verificación realizados se concluye que los operadores económicos, en virtud de que en la entrega de copias simple solo se transfirió la imagen de la portada de los Cds no recibieron y mucho menos accedieron a dicha información confidencial. En tal virtud le solicito de la manera más comedida se ordene la reclasificación de dichos Ids en el expediente digital...”.
- La razón sentada por la abogada Wendy Betancourt, secretaria sustanciadora designada en el presente expediente, constante en el Id. 210225, que en su parte pertinente, señala: “... Siento por tal que, de conformidad con la revisión del expediente, previo a la recepción del mismo, en calidad de nueva secretaria de sustanciación, conforme lo dispuesto mediante providencia de 1 de octubre de 2021, he podido identificar que por error de la secretaria sustanciadora saliente, abogada Nathally Sarmiento Vite, los siguientes IDs se encuentran erróneamente clasificados como reservados cuando lo correcto es como confidenciales de conformidad con las providencias de 25 de febrero y 23 de marzo de 2021 respectivamente. Los IDs de referencia son: 1) ID 186231 anexo 337578, anexo de escrito de explicaciones del operador económico BOGATI , con fecha 24 de febrero de 2021 (...) 2) ID 187885 anexos 341576, anexo del escrito de BOGATI de fecha 11 de marzo del 2021 (...) 3) ID 187885 anexos 341577, anexo MULTIMEDIA del escrito de BOGATI de fecha 11 de marzo del 2021 (...) 4) ID 187885 anexos 341578, anexo MULTIMEDIA del escrito de BOGATI de fecha 11 de marzo del 2021 (...) De conformidad con las fechas de asignación como nueva secretaria de sustanciación se deja constancia que la errónea clasificación no es responsabilidad de la suscrita sino de la anterior Secretaria Sustanciadora, abogada Nathally Sarmiento Vite...”.
- La providencia de 13 de octubre de 2021, en el que la Intendencia despacha los escritos ut supra, y dispuso: “... A la secretaria sustanciadora, que el término de 1 días, realice la reclasificación de los documentos referidos ut supra, de conformidad con las providencias de 25 de febrero y 23 de marzo de 2021 respectivamente...”.
- El informe de resultados de investigación de 14 de octubre de 2021, con No. N.º SCPM-INICPD-DNICPD-013-2021, ID 210593 elaborado por los analistas Franklin Arévalo Vásquez y Andrea Suntaxi Beltrán, y aprobado por Gabriela Arias Barros, en su calidad de Directora Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, el cual concluyó y recomendó lo siguiente:

XIII. CONCLUSIONES

A lo largo del desarrollo del presente informe de resultados, esta Dirección concluye lo siguiente:

- En el presente caso, el mercado producto fue definido como helados artesanales, con



acompañamientos como por ejemplo queso y crema.

- Respecto del análisis de sustitución cualitativo de la demanda, esta Dirección descartó una definición propia de acuerdo a los acompañantes de los helados, al no ser una clasificación relevante para el consumidor. Por el contrario, se evidenció que el sabor y calidad eran factores importantes, por lo que, se concluyó que el mercado únicamente estaría comprendido por los helados preparados de manera artesanal, excluyendo los industrializados.
- Por otro lado, del análisis cuantitativo de la demanda, la DNICPD identificó que en la prueba de correlación de precios, se identificaron coeficientes menores a 0,8, por lo que, se ratificó las conclusiones cualitativas, comprobando que el mercado producto únicamente estaría comprendido por los helados artesanales.
- En el análisis de sustitución de la oferta y competencia potencial, se evidenció que la sustitución de la oferta entre los operadores económicos de helados artesanales frente a los industrializados, no cumplen con las condiciones de rapidez y eficacia, debido a que, los potenciales competidores no podrían acceder, de manera inmediata, a los canales de distribución por cuanto generaría una inversión inicial importante, y conllevaría a costos significativos que complicarían la entrada de los potenciales competidores, por lo indicado, se confirmó la definición del mercado relevante, como el mercado comprendido la comercialización de helados artesanales.
- De los resultados obtenidos en el mercado geográfico, tanto cualitativos y cuantitativos, se define un mercado geográfico nacional.
- En cuanto de la temporalidad de las supuestas conductas, la DNICPD, identificó que la misma estaría definida desde la fecha de suscripción del contrato que sería desde el 9 de enero de 2021, sin identificar nuevos elementos que puedan ser considerados y evidenciar el cese de la publicidad objeto de análisis en el presente expediente, hasta el mes de marzo de 2021.
- Respecto a la estacionalidad, esta Dirección concluye al ser un producto de consumo masivo la producción y comercialización de helados artesanales se realizaría durante todo el año, identificando fechas festivas como primer y cuatro trimestres del año, con un aumento en la demanda de éste producto.
- Por la definición del mercado relevante, esta Dirección, identificó:
 - 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.
 - 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.

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:

- En cuanto a la legitimación del sujeto pasivo, esta Dirección considera que si bien el franquiciante y franquiciado tienen personalidad jurídica independiente, en el presente caso la política de publicidad es dirigida por el franquiciante, por lo que este es responsable, administrativamente, por la publicidad analizada en este expediente. En adición, estima que la responsabilidad administrativa, a diferencia de la civil, no puede ser objeto de traslación a través de un contrato, toda vez que nace de la ley.
- 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 [REDACTED], en tanto que Gelatomix, si bien utiliza pulpa de fruta congelada, incorpora [REDACTED] 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.

XIV. RECOMENDACIONES

Con base en los elementos analizados en este informe, esta Dirección recomienda archivar la investigación en contra del operador económico SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ, titular del nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO, con Registro Único de Contribuyentes, No. 1804093787001.

- La providencia de 28 de octubre de 2021, en la que se agregó, entre otros, el informe de marras.



SEGUNDO.- COMPETENCIA

2.1. Constitución de la República del Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador, en el título IV “Participación y Organización del Poder”; Capítulo Quinto “Función de Transparencia y Control Social”, sección cuarta “Superintendencias”, artículo 213, inciso primero, se determina:

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...

El artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador establece:

“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. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

2.2. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM)

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM) dispone:

“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”.

El primer inciso del artículo 2 de la misma norma establece:

“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”.



El primer inciso señalado en el artículo 3 de la LORCPM correspondiente al Principio de Primacía de la realidad dispone:

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.

Así también, lo dispuesto en el artículo 4 de la LORCPM determina:

Art. 4.- Lineamientos para la regulación y principios para la aplicación.- En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia de esta Ley:

1. El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico.
2. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular.
5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado.
6. El establecimiento de un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre concurrencia.
10. La necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes. (...)

En adición, el artículo 5 de la LORCPM precisa:

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.

El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.

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 artículo 25 de la LORCPM determina:

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.

Para la definición de usos honestos se estará a los criterios del comercio nacional; no obstante, cuando se trate de actos o prácticas realizados en el contexto de operaciones internacionales, o que tengan puntos de conexión con más de un país, se atenderá a los criterios que sobre usos honestos prevalezcan en el comercio internacional.

La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil.

Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley.

Las sanciones impuestas a los infractores de la presente ley no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios que corresponda de conformidad con las normas del derecho común, así como la imposición de sanciones de índole penal, en caso de constituir delitos.

Se aplicará las sanciones previstas en esta ley, siempre que la práctica no esté tipificada como infracción administrativa con una sanción mayor en otra norma legal, sin perjuicio de otras medidas que se puedan tomar para prevenir o impedir que las prácticas afecten a la competencia.

La protesta social legítima, en el ámbito exclusivo de esta Ley, no será, en ningún caso considerada como boicot.

El artículo 26 de la mencionada norma legal establece:

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.

Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia (...).

El artículo 27, particularmente, en los numerales 2, 4 y 5 de la LORCPM establece:



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.

Al respecto, cabe señalar que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en el artículo 37 inciso segundo, dispone:

"La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación".

Cabe señalar que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en el numeral 2 del artículo 38, dispone: "La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos, ejercerá las siguientes atribuciones: (...) 2. Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley".

La Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, emite la presente resolución, en virtud de las facultades contenidas en los artículos 57 y 58 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM), las cuales determinan que:



Art. 57.- Archivo de la denuncia.- Si el órgano de sustanciación considera satisfactorias las explicaciones del denunciado, o si concluida la investigación no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, mediante resolución motivada ordenará el archivo de la denuncia. (Énfasis añadido)

2.3. Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante RLORCPM)

El artículo 4 del Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece:

Art. 4.- Criterio general de evaluación.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

En concordancia con los artículos 63 y 67 del RLORCPM establecen:

Art. 63.- Resolución de archivo de la denuncia.- Cuando, de los hechos investigados, no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, o las explicaciones presentadas por los denunciados sean satisfactorias, el órgano de investigación, mediante resolución motivada que será notificada al o los denunciados, ordenará el archivo de la denuncia.

(...) Art. 67.- Informe de resultados de la etapa de investigación.- Concluido el plazo de duración de la investigación, el órgano de investigación emitirá un informe sobre los resultados de la investigación realizada. En su informe propondrá, de ser el caso, las medidas correctivas y sanciones que a su criterio se deberían imponer.

2.4. Instructivo de Gestión Procesal de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM)

En este orden de ideas, el artículo 11 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, determina:

Art. 11.- ARCHIVO POR FALTA DE CARGOS.- Recibido el informe de resultados el Intendente en el término de diez (10) días, lo analizará y en caso que dicho informe de resultados concluya que no se ha determinado infracciones anticompetitivas, mediante resolución motivada dispondrá el archivo del caso.

Con base en las normas legales señaladas esta Autoridad tiene la competencia para emitir la siguiente resolución.

TERCERO.- VALIDEZ PROCESAL

En la tramitación del presente expediente, esta Autoridad no ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda viciar la causa, por lo que se declara su validez.



CUARTO.- DETERMINACIÓN PRECISA DE LOS INVESTIGADOS

En calidad de denunciado, el operador económico SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ, titular del nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO, con Registro Único de Contribuyentes, No. 1804093787001. El operador económico, conforme la información del SRI, habría iniciado sus actividades el 07 de julio de 2011, con fecha de re-inicio de actividades el 02 de abril de 2013, y habría actualizado sus actividades el 30 de septiembre de 2021.

En calidad de denunciante, el señor Fabián Marcelo Quinteros Vaca, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX, con Registro Único de Contribuyentes, No. 1704480787001. El operador económico, conforme la información del SRI, habría iniciado sus actividades el 10 de marzo de 1997, con fecha de re-inicio de actividades el 17 de febrero de 2016, y habría actualizado sus actividades el 26 de agosto de 2020.

QUINTO.- LA CONDUCTA OBJETO DE INVESTIGACIÓN, LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS BIENES O SERVICIOS QUE ESTARÍAN SIENDO OBJETO DE LA CONDUCTA, LOS BIENES O SERVICIOS SIMILARES PRESUNTAMENTE AFECTADOS, LA DURACIÓN DE LAS CONDUCTAS- MERCADO RELEVANTE

5.1. Las conductas objeto de investigación

En el presente caso se investiga el presunto cometimiento de prácticas desleales determinadas en el artículo 27 de la LORCPM, particularmente, en los numerales 2, 4 literal a) y 5, relacionados a los actos de engaño, actos de denigración y actos de comparación por parte del operador económico señor Santiago René Castro Núñez, titular de la marca y nombre comercial BOGATI

5.2. Características de los bienes o servicios que serían objeto de la conducta, los bienes o servicios similares presuntamente afectados

De conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM), a efectos de aplicar esta Ley, el órgano de investigación determinará para cada caso el mercado relevante; por lo que, para la presente investigación esta Autoridad procede a realizar el siguiente análisis:

Al respecto, conforme expresó la DNICPD en su informe de resultados, la investigación se daría, en los siguientes términos: *“el operador económico Fabián Marcelo Quinteros Vaca, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX., denunció al señor Santiago René Castro Núñez, titular de la marca y nombre comercial BOGATI, por presuntos actos de competencia desleal en la comercialización del producto “helados artesanales con queso y crema”*

En tal sentido, esta Intendencia considera lo contenido en el artículo 5 de la Resolución No. 11, esto es: *“para la determinación del mercado del producto o servicio, se debe hacer una evaluación técnica que comprenda, un análisis de sustitución de la demanda, y un análisis de sustitución de la oferta y competencia potencial”.*



Ahora bien, respecto de las generalidades del producto, la DNICPD, identificó:

(...) esta Dirección identificó que el producto objeto de investigación está relacionado con “helados artesanales con queso y crema”¹, conforme lo siguiente:

- **GelatoMix**

(...) Cono Mix



Fuente: Escrito GelatoMix de 1 de marzo de 2021 ID trámite 186685

Según el operador económico GELATOMIX, respecto de los helados artesanales con queso y crema, manifiesta lo siguiente:

A finales del siglo XVIII y comienzos del XIX se conocía al helado como “queso helado” a unos helados moldeados en forma de cono. Estos “quesos”, eran una preparación simple de helado y aromatizantes, que más tarde se llamaron bombas heladas.

En aquella época, se llamaba “queso”, no solo al producto de la fermentación de la leche cuajada, sino también a todas las preparaciones a base de leche, nata y azúcar, siempre que fueran moldeadas de esta forma. Sobre este tema, el francés Grimont de La Reynière, abogado, periodista y escritor culinario, considerado el primer crítico gastronómico de la historia, ya advertía que era un nombre erróneo pero que eran unos bellos ornamentos del postre y que el helado se conservaba por más tiempo.

Es así que desde la antigüedad ya se utilizaba esta mezcla de sabores, todos con sabores diferentes, presentaciones excepcionales pero que en el paladar son una explosión de sabores.

De esta forma GELATOMIX encuentra el mix perfecto, entre la mezcla del helado y nuestro queso especial, acompañado de una delicada crema fabricada exclusivamente para nuestros productos.²

Por otro lado, la Dirección identificó en la página web del operador económico BOGATI, la cartera de productos que comercializa, entre los cuales a manera de ejemplo se detalla el siguiente

¹ Escrito de denuncia de 19 de enero de 2021 con ID trámite 182177

² GelatoMix Referencia: <https://heladosconqueso.com/2020/03/25/conoces-el-origen-del-helado/>



producto.³

- **Bogati**

(...) Cono Bogati



Fuente: BOGATI Referencia: <https://bogati.ec/menu/> Acceso: [17 de marzo de 2021]

Según el diario la Nación, para el operador económico Bogati los helados con queso y crema, serían una innovadora idea de helados artesanales con queso y crema, que está creciendo en Ecuador, que para muchos consumidores resultó una mezcla deliciosa.⁴

En este sentido, esta Intendencia considera que el producto relacionado con los hechos denunciados, son los helados, con queso y crema, en este sentido, al igual que la DNICPD en su informe de resultados, esta Autoridad considera importante mencionar la definición de helados que de acuerdo a la Asociación Española de fabricantes de helados, se definen de la siguiente manera:

Helados.- Los helados son preparaciones alimenticias que han sido llevadas al estado sólido, semisólido o pastoso, por una congelación simultánea o posterior a la mezcla de las materias primas utilizadas y que han de mantener el grado de plasticidad y congelación suficiente, hasta el momento de su venta al consumidor. En función de sus características, se identifica la siguiente clasificación de helados: helado crema, helado de leche, helado de leche desnatada, helado, helado de agua, sorbete, postre de helado. (R.D. 618/1998. R.T.S. para la elaboración, circulación y comercio de helados y mezclas envasadas para congelar).⁵

En el Ecuador, conforme con la Norma INEN 706:2013, los helados se definen como:

“... 3.1.1 Helado. Producto alimenticio, higienizado, edulcorado, obtenido a partir de una emulsión de grasas y proteínas, con adición de otros ingredientes y aditivos permitidos en los códigos normativos vigentes, o sin ellos, o bien a partir de una mezcla de agua, azúcares y otros ingredientes y aditivos permitidos en los códigos normativos vigentes, sometidos a congelamiento con batido o sin él, en condiciones tales que garanticen la conservación del producto en estado congelado o

³ BOGATI Referencia: <https://bogati.ec/menu/> Acceso: [17 de marzo de 2021]

⁴ Diario la Nación, realidades, BOGATI: HELADOS CON QUESO. Recuperado: <https://lanacion.com.ec/bogati-helados-con-queso/> Acceso: [05-10-2021]

⁵Fundación Alimentum. Recuperado: http://www.infoalimenta.com/biblioteca-alimentos/58/67/helado/detail_templateSample/Accesso [04-10-2021]



parcialmente congelado durante su almacenamiento y transporte...”⁶

Al respecto, esta Dirección no identifica una única definición de helados con queso y crema, sino por el contrario los helados se los puede encontrar de varios tipos y formas de preparación, adicionándolos complementos como el queso, crema, grageas, chispas de chocolate, entre otros.

En este sentido, la Intendencia concuerda con la Dirección, por cuanto, no identifica una subclasificación de helados con queso y crema, por el contrario, éstos se los puede utilizar como complementos del helado, conforme lo contempla la norma técnica ecuatoriana referida, existen distintos tipos de complementos como queso, crema, grageas, chispas de chocolate, entre otros.

En resumen, corresponde a esta Autoridad identificar los posibles productos sustitutos de los helados, desde una visión cualitativa y cuantitativa a fin de determinar los posibles competidores y evidenciar el nivel de competencia en este mercado relevante, conforme lo establecen las herramientas contenidas en la Resolución No. 11 de la Junta de Regulación de la LORCPM.

5.3. Sustitución de la demanda

En este punto, para determinar qué productos podrían ser considerados como sustitutos, el artículo 5 de la LORCPM establece que “para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características; usos y precios de los posibles sustitutos (...)”.

Así también, para el análisis de sustitución de la demanda, esta Intendencia considera lo referido en el artículo 6 de la Resolución N° 11, esto es: “... *el análisis de sustitución de la demanda implica determinar todos aquellos bienes que el consumidor o usuario considere como sustitutos del producto o servicio materia de análisis. Se deberá utilizar criterios, tantos cuantitativos como cualitativos (...)*”.

Al respecto, del análisis de sustitución cualitativa por parte de la demanda, la Dirección en el informe de resultados, manifestó que:

De acuerdo a la publicación del diario el Universo, en el Ecuador se estima que hay más de 150 referencias de productos de helados entre las principales marcas, una parte importante se mueve en el segmento de palettería, el cual tendría mayor demanda por parte de los compradores. Se estima que la palettería representaría entre el 70% y 80% del negocio heladero.

En este sentido, durante el 2019 se calcula que el país consumió más de 300 millones de paletas de helado al año, que podría representar un *per cápita* de 18 por cada habitante, sin considerar los helados en presentaciones de potes o las tortas heladas. Mientras que, para el año 2020, en virtud

⁶ Norma Técnica Ecuatoriana 706:2013 Helados Requisitos; Instituto Ecuatoriano de Normalización, Recuperado: <https://www.normalizacion.gob.ec/buzon/normas/706-2.pdf>, Acceso [22 de febrero de 2021]



de la pandemia, se estimó una caída en el sector, aproximadamente del 15%.⁷

En este sentido, la Dirección a fin de identificar a los consumidores del mercado de los helados, en su informe de resultados realizó el siguiente análisis:

En el caso concreto, de acuerdo a los gustos y preferencias de los consumidores, según información proporcionada por los operadores económicos⁸, esta Dirección destaca lo siguiente:

(...) Características consumidor

Nivel socioeconómico	Alto, Medio y bajo
Edad	Toda edad
Sexo	Para todos los sexos y géneros
Nivel de instrucción	Indiferente
Ubicación geográfica	Provincias en las que la empresa tiene cobertura

Fuente: Información remitida por los operadores económicos, identificados por la DNICPD
Elaboración: DNICPD

Así también, indicaron que los consumidores el momento de realizar la compra de un helado le dan importancia en primer lugar al sabor, al precio como segunda opción y finalmente el nombre de la marca no sería considerada como relevante en la decisión de la compra.

En este orden de ideas, de manera inicial, esta Dirección, identifica que un helado es un alimento dulce, hecho generalmente con leche o zumo de frutas, que se consume en cierto grado de congelación, que se puede encontrar en diferentes clases como: leche, yogurt, agua; y que a la vez se los puede adicionar otros componentes como galletas, queso, crema, frutas, chocolate, los cuales están dirigidos a todo tipo de consumidores.

En tal virtud, la DNICPD a fin de identificar otro tipo de dulces frente a los helados, en su informe de resultados describió las características y el perfil del consumidor de estos productos, de la siguiente manera:

Ahora bien, con el fin de identificar otro tipo de dulces frente a los helados, esta Dirección tiene en cuenta lo referido por los operadores económicos en la información remitida mediante cuestionario IV y V⁹, en los cuales señalaron lo siguiente:

⁷El Universo economía. El negocio de helados innova y busca recuperar consumo de ecuatorianos. 1921-2021. Recuperado: <https://www.eluniverso.com/noticias/economia/el-negocio-de-helados-innova-y-busca-recuperar-consumo-de-ecuatorianos-nota/>

⁸Información proporcionada por los operadores económicos mediante cuestionario IV y cuestionario V, dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-002-2021. Helagurt con ID trámite 204796, Cofrunat con ID trámite 204529, Unilever con ID trámite 206441, Gelatomix con ID trámite 205924.

⁹ Información proporcionada por los operadores económicos mediante cuestionario IV y cuestionario V, dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-002-2021. Cofrunat con ID trámite 204529, Unilever con ID trámite 206441, DFRANLU ID trámite 206501



(...) Características de tipos de dulces

Posibles sustitutos del helado	Características	Perfil del consumidor
Barras de Chocolate	Barras con diferentes tipos de chocolate (con leche, blanco y oscuro) con o sin inclusiones (ejemplo: maní), con o sin aderezos o salsas (ejemplo: manjar)	Consumo Masivo
Galletas Dulces	Galletas con diferentes sabores (vainilla y chocolate), con o sin crema, con o sin cobertura (ejemplo: Tango)	Consumo Masivo
Bombones	Bocados con diferentes tipos de chocolate (con leche, blanco y oscuro) con o sin inclusiones (ejemplo: maní), con o sin aderezos o salsas (ejemplo: manjar)	Consumo Masivo
Bolos	Agua saborizada	Baja economía
Granizados	Productos elaborados con hielo saborizado	Baja economía
Bebidas frías	Gaseosas, jugos, yogur	Toda economía
Gelatina	Edulcorante y gelatina prefabricada	Todos

Fuente: Información remitida por los operadores económicos, identificados por la DNICPD

Elaboración: DNICPD

Una vez que se ha detallado las características de otros dulces, esta Dirección considera que, cada tipo de dulce como las barras de chocolate, galletas de dulce, bombones, bolos, granizados, bebidas frías, gelatinas, y cualquier otro de ésta categoría, mantienen sus propias composiciones y características, así también es importante tener en cuenta las necesidades del consumidor y los gustos y preferencias al momento de la compra.

En consecuencia, esta DNICPD es consciente de que existen diferentes productos en el mercado que podrían satisfacer la necesidad de consumir algo dulce, sin embargo, éstos no podrían ser considerados sustitutos entre sí, por cuanto, cada uno de éstos, mantienen sus propias características, formas, ingredientes, tipos, empaques, sabores y precios. Por lo que, para un consumidor que busque un helado, no podría reemplazarse por otro tipo de golosina o alimento dulce.

Por lo indicado, esta Dirección, en adelante se referiría únicamente a los helados, debido a que han sido descartados cualquier otro dulce o golosina, al no tener, relación con los hechos analizados en el presente expediente, así como, no identificar una definición amplia de un mercado relevante que mantenga éstas características propias del objeto de investigación.



En este punto, esta Intendencia coincide con la Dirección, por cuanto se identificó que otro tipo de dulce o golosina no podría ser considerado como sustitutos entre sí, debido a que cada uno mantiene sus propias características, formas, ingredientes, sabores, precios, entre otros. En consecuencia, esta Autoridad considera que únicamente los helados comprenden éste mercado relevante.

En línea con lo anterior, la Dirección citó la Norma Técnica Ecuatoriana INEN 706:2013, e identificó que los helados podrían clasificarse de acuerdo a su composición conforme lo siguiente:

- De acuerdo con su composición e ingredientes básicos, el helado se clasifica en:
 - De crema de leche
 - De leche
 - De leche con grasa vegetal
 - De yogur
 - De yogur con grasa vegetal
 - No lácteo
 - Sorbete o “sherbet”
 - De fruta
 - De agua o nieve
 - De bajo contenido calórico
- Clasificación de mezclas para helado
 - Líquida
 - Concentrada
 - En polvo

Conforme esta clasificación, se ha identificado que en el mercado ecuatoriano se comercializan diferentes clases de helado, por ejemplo, de crema de leche, de leche, con leche con grasa vegetal, de yogurt, de yogurt con grasa vegetal, no lácteo, sorbete, de fruta o de agua, los mismos que difieren conforme su composición físico-química, porcentaje de grasa entre otros, elementos detallados a continuación:

(...) Requisitos fisicoquímicos para helados y mezclas para helados

Clase de helado / Requisito	De Crema de leche	De leche	De leche con grasa vegetal	De yogur	De Yogur con grasa vegetal	De grasa vegetal	No lácteo	Sorbete o "Sherbet"	De fruta	De agua o nieve
Grasa total, % m/m, mín	8	1,8	6	1,5	4,5	6	4	0,5	---	---
Grasa láctea, % m/m, mín	8	1,8	1,5	1,5	1,5	---	0	---	---	---
Grasa vegetal, % m/m, mín	---	---	*	0	3	6	4	---	---	---
Sólidos totales, % m/m, mín	32	27	30	25	25	30	26	20	20	15
Proteína láctea, % m/m, mín (N x 6,38)	2,5	1,8	1,5	1,8	1,5	1,8	0	-----	-----	0
Ensayo de fosfatasa alcalina	Negativo	Negativo	Negativo	Negativo	Negativo	Negativo	---	Negativo	---	---
Peso/volumen, g/l mín	475	475	475	475	475	475	475	475	475	-----
Acidez como ácido láctico, % m/m mín	-----	-----	-----	0,25	0,25	-----	-----	-----	-----	-----
Colesterol ** Min	0,10	0,10	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----

Fuente: Norma técnica Ecuatoriana 706:20013
Elaboración: INEC



En este punto, es importante señalar que, si bien la norma técnica ecuatoriana establece los estándares de calidad de diferentes productos y define conceptos conforme parámetros internacionales respecto de distintas industrias, no es un elemento vinculante para la definición de mercado relevante, considerando que es una parte primordial para conocer los componentes de un producto, en este sentido, esta Dirección tiene en cuenta las definiciones de esta norma, sin embargo, aclara que las mismas no tienen relación con una definición de mercado relevante, puesto que para ello, es indispensable la aplicación de las pruebas cualitativas y cuantitativas de sustitución de la demanda y oferta, así como, el mercado geográfico y la temporalidad de la conducta.

De manera complementaria, la DNICPD se refirió a los conceptos referidos de la Fundación Alimentum¹⁰, de la siguiente manera:

Ahora bien, según la Fundación Alimentum, no todos los helados son iguales y es que, en función del tipo y la cantidad de ingredientes utilizados, se tiene diferentes tipos de helados. El valor nutritivo es distinto, por lo que los helados, pueden agruparse en dos grandes grupos:

(a) helados de crema, de leche, de leche desnatadas y helados.- Alimentos de Valor energético medio/alto: entre 110 y 330 kcal/100 g (460-1605 Kilojoules).

(b) sorbetes y helados de agua.- Valor energético medio/bajo: entre 68 y 138 Kcal/100 g.

En complemento, los helados se pueden clasificar según las materias primas utilizadas en su producción¹¹ conforme se muestra a continuación:

(...) Tipos de helados

Tipo	Característica
Agua	Contiene más del 50% de agua, colorantes y endulzantes
Crema	Contiene más del 50% de leche entera, descremada o semidescremada
Sorbete	Producido en base a zumo o pastas de frutas
Granizado	Producido en base a agua en estado de congelamiento
Yogurt	Contiene en más del 50% de base de yogurt natural o con sabor

¹⁰Fundación Alimentum. Infoalimenta. Recuperado: http://www.infoalimenta.com/biblioteca-alimentos/58/67/helado/detail_templateSample/ [06-10-2021]

¹¹ Estudio del comportamiento del consumidor de helados yogurt a partir de la aplicación de un modelo integrado. Universidad de Especialidades Espíritu Santo. Diana Peña Ochoa. Recuperado: <http://repositorio.uces.edu.ec/bitstream/123456789/358/1/Paper%20DIANA%20PE%C3%91A%20FINAL.pdf>



Fuente: (Griguol, Leon, & Vicario, 2003)

Una vez que se ha identificado las clases de helados, esta Dirección, tiene en cuenta que el consumidor, considera que independientemente de la mezcla o la clase de helado, este acude al punto de venta con el deseo de satisfacer una necesidad, (sin considerar excepciones de una minoría de consumidores que podrían ser intolerantes a la lactosa, o que no consumen azúcar), en la mayoría de casos, y hablando de un consumidor promedio de helado, se evidencia que no considera como un factor primordial la mezcla o sus ingredientes para decidir el tipo de helado, si por el contrario, se enfocaría, de manera relevante en el sabor y la calidad del producto, después en el precio.

En resumen, esta Dirección identificó que, por las preferencias y elementos de relevancia para el consumidor, no es pertinente una clasificación por la composición de los ingredientes de los helados, por lo que no amerita para la definición del mercado tomar en cuenta dicha segmentación.

En consecuencia, de lo analizado por la Dirección, esta Intendencia resalta que conforme las características del consumidor de helados, se ha identificado que no considera un factor relevante la mezcla o los ingredientes para escoger su producto, con excepción de casos puntuales de consumidores que podrían ser intolerantes a la lactosa o busquen opciones saludables, por el contrario, el sabor y calidad del helado serían factores importantes al momento de compra, después el precio que también incide en su decisión.

Por lo que, esta Autoridad coincide con la Dirección, que por lo mencionado, no amerita una clasificación por la composición de los ingredientes de los helados, sino se buscarían factores relevantes como sabor, calidad y precio, a fin de la determinación del presente mercado.

En este sentido, es importante identificar si un complementó o agregado alimenticio podría ser un factor relevante de decisión de los consumidores de helados, en este contexto, la DNICPD se refirió a lo siguiente:

Por otro lado, esta Dirección ha evidenciado que en la Norma Técnica INEN 706-2013 en el capítulo 5 Disposiciones Generales, describe a los complementos o agregados alimenticios que tiene un helado, de la siguiente manera:

...5.1.8 Agregados alimenticios, destinados a conferir un aroma, sabor o textura; por ejemplo: café, cacao, miel, nueces, cereales, licores, sal, coberturas y otros, o designados a ser vendidos en una sola unidad con el helado, por ejemplo: bizcocho, galletas, etc...

Al respecto, esta Dirección entiende que, un helado puede contener varias acompañantes o complementos, como por ejemplo: queso, crema, chispas de chocolate, galletas, frutas y demás, por lo que se concibe que para los consumidores añadir “queso y/o crema” o cualquier otro, sería un acompañante del producto principal que es el helado, en este contexto, esta Dirección descarta que exista una segmentación de mercado relevante de helados por sus complementos, por el contrario, concluye que el producto central de investigación correspondería a la comercialización de helados.

En este sentido, esta Intendencia tiene en cuenta, que el hecho de agregar un complemento como por



ejemplo: queso, crema, chispas, galleta, fruta y otros, no puede ser considerado un factor diferenciador, por cuanto, no se ha evidenciado un valor agregado significativo para el consumidor, de tal manera, que cualquier oferente podría, de manera inmediata, agregar cualquier componente si el cliente lo requiere.

Por otro lado, en relación con un factor relevante el sabor y calidad del helado, la Dirección consideró realizar la comparación y descripción de las características cuantitativas respecto de la forma de fabricación de los helados, identificando lo siguiente:

Una vez descartado que la clasificación conforme la clase de helado y sus complementos no son factores que determinen una segmentación adicional, esta Dirección continúa su análisis respecto del modo de fabricación y producción de los helados, considerando que, conforme lo reportado por los operadores que actúan en el sector de helados, se identificarían dos modos principales de producción:

Industriales: Son los helados elaborados en plantas industriales en cuya elaboración son empleados colorantes artificiales, saborizantes y estabilizadores para realzar su aspecto y sabor, respectivamente.

En la categoría de helados industriales se encuentran los helados Soft, como se detalla a continuación:

Helado Soft: Es un helado que se fabrica a partir de una mezcla de base, producida industrialmente, que se coloca en una máquina congeladora de pequeño tamaño. Al momento de servirlo, se acciona un grifo de la máquina extrayendo el helado al momento. La característica principal es la gran cantidad de aire que tiene dentro; es decir, que es muy liviano y tiene una textura muy suave. No requiere de la operación de congelación a la que se someten los otros tipos de helado después de la formación de la emulsión. Suelen ser vendidos en algunos restaurantes de comida rápida y en algunos puestos ambulantes.

Artesanales: utilizan procedimientos manuales y se emplean únicamente productos frescos. Tienen mucho menos aire incorporado y un aspecto muy cremoso. Su precio es considerablemente mayor que el del helado industrial, debido a la calidad y cantidad de los productos empleados, además de su producción a pequeña escala.¹²

En línea con lo anterior, en el presente caso, el producto objeto de investigación estaría relacionado con los helados producidos de manera artesanal, por lo que, en este punto resulta importante, evidenciar las características, el perfil del consumidor, diferencias, semejanzas y precios de un helado artesanal frente un helado industrializado.

¹² Chilán Wilson Shirley Alexandra, Palma Espinosa Javier Alejandro; Guayaquil, enero 2018, Modelo de emprendimiento para los beneficiarios del crédito de desarrollo humano mediante la elaboración de helados artesanales a base de la fruta jirón. Recuperado: <http://repositorio.ug.edu.ec/bitstream/redug/27694/1/Tesis%20Helado%20Artesanal%20de%20%20Jiron.pdf>

Conforme lo descrito *ut supra*, esta Intendencia evidencia que la forma de producción de un helado, sea ésta de manera artesanal o industrial, si tiene una incidencia relacionada con la calidad y sabor del producto, por lo que, es importante conocer si un helado artesanal podría sustituirse por uno industrializado, en este sentido, la DNICPD realizó el siguiente análisis:

Situación analizada a continuación, conforme la información remitida por los operadores económicos mediante cuestionario IV y V, de la siguiente manera:

(...) Características, semejanzas, diferencias, helados industrializados frente a helados artesanales

Posibles sustitutos	Características	Diferencias	Semejanzas	Perfil del consumidor	Precios
Helados artesanales (paila, fritos)	<ul style="list-style-type: none"> * Helados hechos en Paila de bronce, batidos a mano, con jugo de fruta y azúcar, sobre una base de hielo seco y paja. * Helados de paila, con mezcla de harina y fritos en aceite. * Se utiliza productos naturales * Se elabora mediante un obrador, básicamente con procedimientos manuales * Se lo acompaña por lo general, de un maridaje con queso salado formulado especialmente, delicada crema y frutas frescas. 	<ul style="list-style-type: none"> *Se produce a pequeña escala * Elaboración manual * Se utiliza ingredientes naturales * Utilización de técnicas manuales * Rangos de tolerancia amplios o flexible * La relación del artesano para obtener el producto es directa y muy cercana * No contienen aire 		Hombres y mujeres de NSE medio y medio bajo residentes en el Ecuador.	\$1- \$4,25
Helados Industriales enfocados en paletas (helados soft)	<ul style="list-style-type: none"> *Se producen con leche en polvo, saborizantes, concentrados industriales, esencias y colorantes. *Bajo procesos de elaboración automatizada, con grandes volúmenes de producto. 	<ul style="list-style-type: none"> * Se produce a gran escala * Se elaboran con maquinaria * Utilizan saborizantes, colorantes, conservantes * Uso de tecnología diferente *Mayor número de etapas técnicas y herramientas * Son verificados constantemente y son propuestas por las normas oficiales * La relación entre la persona y el producto es distante * Se introduce aire para que tenga más consistencia 	<ul style="list-style-type: none"> *Tienen un alto contenido en azúcares. *Utilizan similares presentaciones * Elaboran helados a base de leche y frutas 	Hombres y mujeres, todas las edades, todos los niveles socio económicos.	\$0,15 - 1,50

Fuente: Información remitida por los operadores económicos, identificados por la DNICPD
Elaboración: DNICPD



Al respecto, esta Dirección identifica que tanto los helados artesanales como los helados industriales mantienen sus propias características, y se diferencian en varios aspectos como por ejemplo, que los helados artesanales son elaborados a pequeña escala, utilizan técnicas manuales, ingredientes naturales y las fases de producción son diferentes, por lo contrario los helados industriales son producidos a gran escala, contienen preservantes, además utilizan esencias o saborizantes, utilizando procesos de fabricación automatizados con una misma base para un lote de producción.

En complemento, una vez que describió las características cualitativas, la DNICPD consideró realizar el análisis de los precios entre helados artesanales e industriales, evidenciando lo siguiente:

Respecto del precio, los helados artesanales se encuentran en un rango de \$1- \$4,25, considerando que en el proceso de fabricación es manual, en tanto los helados industriales, se encuentran dentro de un rango de \$ 0,15 a 1,50, tomando en cuenta que la fabricación es automatizada, por consiguiente esta Dirección evidencia que tanto los helados artesanales e industriales mantienen diferentes precios, con un rango amplio de sustitución para el consumidor.

En este contexto, esta Dirección, en virtud de la información remitida por los operadores del sector, tiene en cuenta, la diferenciación entre costos y precios de helados artesanales y helados industrializados, conforme consta a continuación:

(...) Costos y precios de helados industrializados frente a helados artesanales

HELADO ARTESANAL
██████████
Precio de venta: \$7,00

HELADO INDUSTRIALIZADO
██████████
Precio de Venta: \$2,84

Fuente: Información remitida por los operadores económicos, identificados por la DNICPD

Elaboración: DNICPD

Al respecto, la DNICPD identifica que el costo de un helado artesanal frente a un helado industrial tendría un diferencia, en promedio, de \$2,42, así también en relación al precio de venta, se evidencia una diferencia, promedio, de \$4,16, por lo tanto en relación al precio no se podrían sustituir un helado artesanal con un industrial, debido a que existe una diferencia considerable del costo y del precio de venta al público.

Además, es importante indicar que un consumidor al momento de comprar un helado artesanal, tendrá en cuenta que sus ingredientes sean naturales y que haya diversidad de sabores, por el contrario un helado industrial, por su forma de elaboración, podría contener ingredientes artificiales, además, que la presentación o su forma estaría prefabricada, por lo que, su elección dependería del tipo de helado que conste en el punto de venta.

En este sentido, por su forma de preparación, uso de maquinaria, costos de producción, precio, tiempo de elaboración y complementos utilizados, se identifican diferencias sustanciales entre los helados artesanales e industrializados, que si bien, atenderían la necesidad de un consumidor por tomar un helado, de manera inmediata, no podrían ser considerados sustitutos, por cuanto, un cliente que guste, en particular, de un helado preparado artesanalmente, no podría sustituir por



uno elaborado de manera diferente. En consecuencia, por lo mencionado, esta Dirección identifica que no podrían ser parte del mismo mercado relevante.

En conclusión, una vez detalladas las características de los helados artesanales y del análisis cualitativo realizado, esta Dirección identificó que el queso y crema serían complementos del helado, por cuanto, un consumidor podría añadirlos o no, en este sentido, el producto objeto de investigación, dentro del presente expediente, correspondería a “helados artesanales” independientemente de su complemento.

Al respecto, esta Intendencia del análisis realizado por la DNICPD, identificó que, tanto por las características de los helados artesanales, costos y precios, frente a los helados industrializados, correspondería a un mercado relevante independiente, e incluso considerando cualquier complemento o agregado como queso, crema, chispas, etc. Por lo que, esta Autoridad concluye que el mercado relevante estaría comprendido por los helados artesanales.

Finalmente, la DNICPD describió los operadores económicos que se encontraría en el mercado de la comercialización de helados preparados de manera artesanal, conforme consta a continuación:

En línea con lo referido, dentro del mercado de los productos correspondientes a helados artesanales se identificaron alrededor de 17 marcas, estas son: Fruticream¹³, Los helados de la Colón¹⁴, Gelatomix¹⁵, Dfranlu¹⁶, Heydi¹⁷, Helagurt¹⁸, Bogati¹⁹, El Negro, Don Viche²⁰, Fruits & Coffee²¹, Tucan²², Tutofredo²³, Los Alpes²⁴, Fontana²⁵, Helarte²⁶, Xyrius²⁷, Helados de Rosalía Suarez²⁸, considerando que pueden existir diversidad de otras marcas de helados artesanales, conforme consta a continuación:

¹³ Imagen del producto del operador económico Fruticream tomado de: <https://www.facebook.com/heladosconquesofruticream/>

¹⁴ Imagen del producto del operador económico Helados de la Colón tomado de: <https://www.facebook.com/heladosdelacolonotavalo/>

¹⁵ Imagen del producto del operador económico Gelatomix tomado de la información remitida mediante escrito de 1 de marzo de 2021 con ID trámite 186685.

¹⁶ Imagen del producto del operador económico Dfranlu tomado de: <https://www.facebook.com/Dfranlu-Ambato-111577463875695/>

¹⁷ Imagen del producto del operador económico Heydi heladería tomado de: <https://www.facebook.com/HeydyHeladeria/>

¹⁸ Imagen del producto del operador económico Helagurt tomado de: <http://helagurt1.blogspot.com/2014/04/bienvenido-al-mundo-helagurt-una-de-las.html>

¹⁹ Imagen del producto del operador económico Bogati, tomado de: <https://www.bogatipedidos.com/>

²⁰ Imagen del producto del operador económico Helados Don Viche tomado de: <https://www.facebook.com/people/Helados-artesanales-Don-Viche/100041812134443/>

²¹ Imagen del producto del operador económico Fruits & Coffee, tomado de: <https://www.facebook.com/fruits1coffee/>

²² Imagen del producto del operador económico Tucan tomado de: <https://www.facebook.com/fruits1coffee/>

²³ Imagen del producto del operador económico Tutofredo tomado de la página web: <https://tuttofreddo.ec/>

²⁴ Imagen del producto del operador económico Los Alpes tomado de: <https://www.facebook.com/LosAlpesHeladeria/>

²⁵ Imagen del producto del operador económico Heladería Fontana tomado de: <https://www.facebook.com/heladeriasfontana/>

²⁶ Imagen del producto del operador económico Helarte tomado de: <http://helarte.com.ec/>

²⁷ Imagen del producto del operador económico DUMILESA S.A. tomado de: <http://www.xyriushelados.com/>

²⁸ Imagen del producto del operador económico Helados Rosalía recuperado de: <https://www.facebook.com/rosaliasuareztradicion/>.



(...) Características de helados artesanales

Empresa	Descripción	Presentación	Marca	Producto
FRUTICREAM	Tienen una oferta de 13 helados en diferentes presentaciones y sabores	*Cono *Copa *Helado queso * Tulipán crema	Fruticream	
LOS HELADOS DE LA COLÓN	Tienen una oferta de 4 helados en diferentes presentaciones y sabores	*Cono *Copa *Copa especia * Copa frisky	Los helados de la colón	
GELATOMIX	Tienen una oferta de 20 helados en diferentes presentaciones y sabores	*Cono *Copa *Banana *Tulipán * Lasaña mix	Gelatomix	
DFRANLU	Tienen una oferta de 9 helados en diferentes presentaciones y sabores	*Baldes de helado *Banana split *Bola de helados *Cono de helado *Copa de helado *Helado litro *Helados de vaso *Helado de leche *Tulipán	Dfranlu	
HEYDI HELADERIA	Tienen un oferta de 10 helados en diferentes presentaciones y sabores	* helado grande *1 litro *1/2 litro *cono simple *cono doble *empastado crema *helado *tulipán *banana Split * vaso	Heydi	



HELADERIA HELAGURT HELAGUR TSA LTDA.	C.	Tienen una oferta de 3 helados en diferentes presentaciones y sabores	*Cono *Twister *Tarrinas	Helagurt	
BOGATI		Tienen una oferta de 6 helados en diferentes presentaciones y sabores	*Cono *Copa *envase *Tulipán *Plato *vaso	Bogati	
HELADOS NEGRO	EL	Tienen una oferta de 1 helado en diferentes sabores (tres leches, guanabana, etc)	*Vaso	El Negro	
HELADOS VICHE	DON	Tienen una oferta de 1 helado en diferentes sabores (tres leches, guanabana, etc)	*Paleta	Don Viche	
FRUITS & COFFEE		Tienen una oferta de 4 helados en diferentes presentaciones y sabores	*Cono *Copa *Tulipán *banana Split	Fruits & Coffee	
HELADOS TUCAN		Tienen una oferta de 2 helados en diferentes presentaciones y sabores	*Cono *Vaso	Tucán	
TUTOFREDO		Tienen una oferta de 6 helados en diferentes presentaciones y sabores	*Cono *Copa *Vaso *Banana *Litro *Paleta	Split Tutofredo	
LOS ALPES		Tienen una oferta de 4 helados en diferentes presentaciones y sabores	*Cono *Copa *Litro *Tulipán	Los Alpes	



FONTANA	Tienen una oferta de 4 helados en diferentes presentaciones y sabores	*Cono *Copa *Litro *Tulipán	Fontana	
HELARTE	Tienen una oferta de 4 helados en diferentes presentaciones y sabores	*Cono *Copa *Plato *Tulipán	Helarte	
DUMILESA S.A.	Tienen una oferta de 1 helado en diferentes presentaciones y sabores	* Baldes	Xyrius	
HELADOS ROSALIA	Tienen una oferta de 4 helados en diferentes presentaciones y sabores	*Litro *cono * copa	Helados de paila Rosalía	
ENTRE OTROS	Existe diversidad de helados en varias presentaciones y sabores	*vasito * Paleta artesanal	Otras marcas	

Fuente: varios operadores del sector

Elaboración: DNICPD

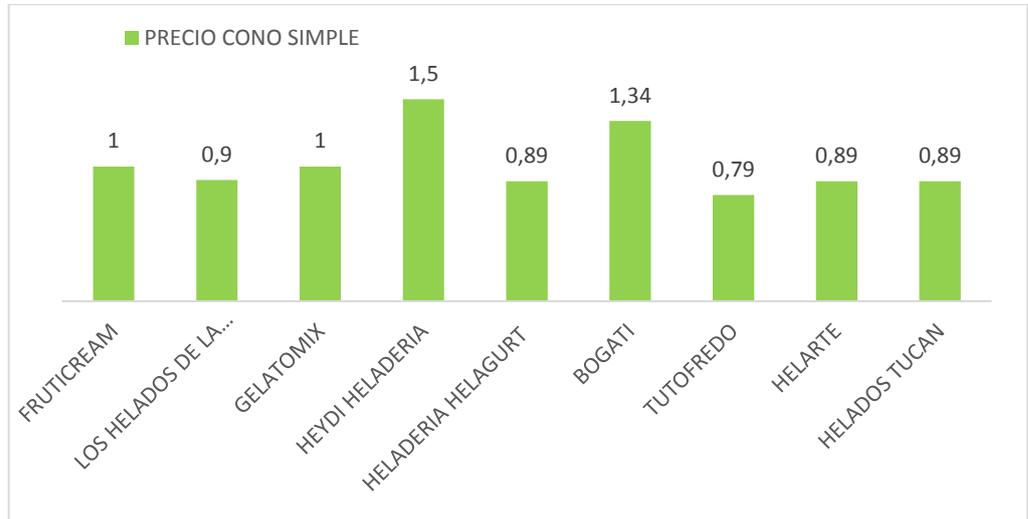
Una vez descritas las características cualitativas de los helados artesanales, la DNICPD consideró realizar la comparación de los precios de los helados artesanales de los operadores que se encuentran en este mercado, identificando lo siguiente:

En tal sentido, las características de los helados artesanales, así como el tener presentaciones y sabores similares, permiten identificar a la DNICPD, que éstos productos si pueden ser considerados como sustitutos entre sí.

Además, a manera de referencia, se utilizó el cono simple para tener un producto uniforme de comparación, y conforme la revisión de los precios de estos operadores económicos se evidencia lo siguiente:



(...) Precios helados artesanal presentación como simple sin IVA 2020



Fuente: operadores económicos 2021

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

Al respecto, del análisis los precios de la presentación de cono simple de las marcas identificadas, la DNICPD evidencia que, los helados artesanales, cualitativamente, tienen similitudes, así como también identifico que de acuerdo a las características y las semejanzas en el uso de este producto, como son sus sabores y presentaciones, el consumidor consumiría este tipo de helados, independientemente de los componentes adicionales (queso, crema, chispas de chocolate, etc.), por lo que, se confirma que cualitativamente corresponden al mercado relevante de helados artesanales.

Así también, de lo descrito por el público objetivo respecto de sus preferencias y gustos, esta Dirección tiene en cuenta que, no respondería a un perfil específico, sino más bien, a una generalidad de consumidores que gusten de un helado con una preparación artesanal.

En este sentido, del análisis cualitativo de la sustitución de la demanda, esta Dirección identifica que entre los helados preparados artesanalmente, existen similitudes en presentaciones, ingredientes, procesos de elaboración, sabores y precios, por lo tanto, esta Dirección, concluye que todos los helados que están dentro de la categoría artesanales serían parte del mismo mercado relevante, sin perjuicio de las herramientas cuantitativas que se puedan aplicar para descartar o reforzar esta hipótesis.

Conforme el análisis cualitativo de la demanda realizado por la DNICPD, esta Intendencia considera que el mismo cumple con los parámetros contenidos en la resolución 11 de la Junta de Regulación de la LORCPM. En este sentido, esta Intendencia coincide con el análisis de la Dirección en que, desde un punto de vista cualitativo, el mercado producto estaría definido como helados artesanales, siendo un mercado independiente, en tanto se excluyeron a otros dulces como las barras de chocolate, galletas dulces, bombones, bolos, granizados, bebidas frías y gelatina, debido a que cada uno mantiene sus propias características y diferencias identificadas en el desarrollo de la presente resolución.

Por otro lado, la Dirección realizó el análisis de las características, semejanzas y diferencias entre los



helados artesanales e industriales, y en virtud de sus diferencias: por su forma de preparación, uso de maquinaria, costos de producción, precio, tiempo de elaboración y complementos utilizados, esta Intendencia concluye que, los tipos de helados son parte de mercados independientes.

En tal sentido, esta Intendencia coincide con la DNICPD, respecto de que una vez definidas las características, modo de producción, costos y precios de los helados artesanales, el mercado relevante estaría definido por la comercialización de los helados artesanales.

5.3.1. Análisis cuantitativo de la demanda

De manera complementaria, esta Intendencia considera las herramientas cuantitativas de sustitución, la Resolución No. 11 establece, entre otras, la siguiente:

Artículo 10. Prueba de correlación de precios.- Esta prueba se fundamenta en el hecho de que cuando dos o más bienes pertenecen al mismo mercado, sus precios tienden a variar en el mismo sentido a través del tiempo.

Para una adecuada implementación de esta prueba se sugiere la utilización de medidas tales como la correlación de precios, la correlación de logaritmo de precios, y/o la correlación de primeras diferencias de logaritmo de precios. **Si el valor de estas medidas es estadísticamente igual o superior a 0,80, se tiene evidencia a favor de un grado de sustitución entre los bienes; en sentido opuesto, si el valor de estas medidas es inferior estadísticamente a 0,80, se tiene evidencia en contra de dicha hipótesis.** (Énfasis añadido)

Al respecto, una correlación positiva indica que las dos variables tienden a disminuir o incrementar de la misma forma, lo cual indica que los productos analizados son sustitutos. Por otra parte, un coeficiente negativo indica que mientras una variable incrementa la otra disminuye, demostrando que los productos analizados son complementarios.

El coeficiente de correlación es calculado a partir de la covarianza entre dos series de tiempo, a través de la desviación estándar de las mismas. La fórmula de correlación utilizada es la siguiente:

$$(1) r = \text{Cov}(x,y) / \text{SD}(X)\text{SD}(Y)$$

Donde:

Cov (x,y) es la covarianza entre X y Y

SD(X) SD (Y) es la desviación estándar de x respecto a y.

El coeficiente de correlación se encuentra en un rango de -1 a 1; un coeficiente de -1 indica Perfecta Correlación negativa; un coeficiente de 1 indica Perfecta Correlación Positiva; y, un coeficiente de cero indica que no existe correlación.

Respecto al análisis de sustitución cuantitativo de la demanda, la Dirección manifestó que:

... Los datos utilizados corresponden a la serie mensual deflactada del precio unitario en unidades similares de comparación en caso de los helados artesanales en presentación de cono simple y los helados industrializados en una unidad, presentación de 80 ml.



Las series de precios fueron deflactadas con el IPC (correspondiente al periodo) con la finalidad de trabajar con precios constantes, de estos precios se obtuvo su logaritmo natural para reducir el componente de escala asociado.

En este sentido, a partir del análisis de sustitución cualitativa, y para confirmar que los helados artesanales no serían sustitutos de los helados industrializados, se realizó las pruebas de correlación de precios, con el siguiente resultado:

(...) Correlación de precios helados artesanales

```
. corr d_Pheladoartesanal d_heladoindustrial  
(obs=38)
```

	d_Phel~1	d_hela~1
d_Pheladoa~1	1.0000	
d_heladoin~1	-0.2533	1.0000

Fuente: Operadores económicos del sector
Elaboración: DNICPD

Así también, se utilizó la serie mensual logarítmica del precio unitario de los productos helados artesanales frente a los helados industrializados, de estos precios se obtuvo su logaritmo natural para reducir el componente de escala asociado, dando como resultado lo siguiente:

(...) Correlación de precios helados artesanales

```
. corr log_Pheladoartesanal log_Pheladoindustrial  
(obs=38)
```

	log_~nal	log_~ial
log_Phel~nal	1.0000	
log_Phel~ial	-0.2436	1.0000

Fuente: Operadores económicos del sector
Elaboración: DNICPD

Los resultados de la prueba de correlación de precios tanto la serie de precios deflactados como de los precios logarítmicos, demuestran coeficientes menores a 0,8. Es decir, que estos productos pertenecen a mercados independientes, concluyendo que no pueden ser sustitutos y, por tanto, no forman parte de un mismo mercado relevante. Esto puede ser observado en las series de precios analizadas, dado que cada una posee tendencias diferentes al igual que existe una brecha significativa entre ambas, por lo que, se ratifica que los helados artesanales no son sustitutos de los helados industriales.

En tal virtud, del análisis realizado, se confirma que los helados artesanales no serían sustitutos de



los helados industriales.

Por lo tanto, con base en los elementos analizados, esta Dirección concluye que considerando las apreciaciones cualitativas respecto de sus características, diferencias en el proceso de fabricación, técnicas utilizadas y materia prima diferente, entre otros, y conforme al análisis cuantitativo y de los resultados obtenidos, se demuestra que éstos dos tipo de productos no se comportan como sustitutos desde el punto de vista de la demanda, por lo que, independientemente de su complemento o composición, el mercado producto, estaría conformado por la comercialización de **helados artesanales** .

Con estas consideraciones, la Dirección respecto de la sustitución cuantitativa de la demanda, confirmó la existencia de un único mercado, comprendido, por los helados artesanales, al tener coeficientes inferiores a 0,8. En este sentido, al verificar que los resultados son estadísticamente significativos y en cumplimiento de los parámetros contenidos en la Resolución No. 11 de la Junta de Regulación de la LORCPM, esta Intendencia concuerda con el referido análisis, tanto de la sustitución cualitativa como cuantitativa, y ratifica que los helados industriales no serían sustitutos de los helados artesanales, por lo que el mercado del producto estaría definido por la comercialización de los helados artesanales.

5.3.2. Sustitución de la oferta y competencia potencial

A fin de referirse al análisis de sustitución de la oferta y competencia potencial, esta Intendencia considera el artículo 11 de la Resolución 011 de la Junta de Regulación de la LORCPM, que establece:

... El análisis de sustitución de la oferta implica determinar todos aquellos bienes ofertados por operadores económicos, denominados potenciales competidores, quienes ante incrementos en precios del producto o servicios materia de análisis, podrían fabricarlo y comercializarlo en un periodo de tiempo tal que no suponga ajustes significativos de activos materiales e inmateriales, y sin incurrir en costos o riesgos adicionales excesivos (...)

En este sentido, una de las pruebas para determinar la existencia o no de sustituibilidad por lado de la oferta es la Prueba de Sustitución de la Oferta (o SSS por sus siglas en inglés), tal como lo señala el artículo 12 de la referida resolución: “Esta prueba consiste en evaluar el cumplimiento de condiciones que demuestren la existencia de potenciales competidores desde la perspectiva de la oferta (...)”

La DNICPD respecto a este punto aplicó la Prueba de Sustitución de la Oferta SSS, herramienta contemplada en el artículo 12 de la Resolución No. 11 y concluyó lo siguiente:

Con relación a los potenciales competidores deben poseer los activos tanto materiales como inmateriales, al respecto la Dirección indicó lo siguiente:

...Con base en la información remitida en los cuestionarios aplicados a operadores económicos en el sector de los helados²⁹, se identificó que los principales competidores de los helados artesanales

²⁹ Información proporcionada por operadores económicos, en respuesta al Cuestionario III y IV de la DNICPD, dentro del



serían, en lo principal: Fruticream, La Colon, Gelatomix, Dfranlu, Heydi, Helagourt, Bogatti, Helados el Negro, Helados Don Vinche, Tuto Freddo, Tucan, Helados Los Alpes, Fontana, entre otros.

Por su parte, respecto de los helados industrializados, entre los principales operadores, se encontrarían: Unilever, Sainec, Fabrilacteos, Cofrunat, Industrias Lácteas Toni, Avelina, Productora y Comercializadora de los Helados de Salcedo, entre otros.

Con esto, la Dirección evidencia que en el mercado ecuatoriano existen competidores que se encuentran en el eslabón de la cadena de producción y el eslabón comercialización y distribución, éstos últimos estarían en los puntos de venta propios, como locales o franquiciados, y otros como por ejemplo: tiendas de barrio, supermercados y carritos distribuidores.

En este sentido, los operadores económicos considerados como posibles competidores desde el lado de la oferta, deberán poseer la tecnología requerida, *know how*, maquinaria y facilidades para trasladarse a este sector, en relación a los activos requeridos, deberían contar al menos con:

(...) Maquinaria para la producción y comercialización de helados

Producción	Comercialización
Piscina de Congelamiento	Enfriadores Verticales
Moldes	Fruteras
Empacadoras	Batidoras
Cuarto Frío	Coneras
Utensilios	Envases
Equipo de laboratorio	Vajillas
Calderos, compresores	Cubertería
Planta de tratamiento	Empaques
Maquinaria y equipo (Caballote en acero inoxidable, con paila de bronce)	Bodega, congeladores cuartos fríos y distribución

Fuente: operadores económicos

Elaboración: DNICPD

En general, en relación a los activos, los operadores manifestaron, los siguientes:

- Know how: conocimiento de administración, manejo de inventarios, normas sanitarias, elaboración de helados, operación de equipos, atención al clientes, marketing, comunicación
- Tecnológico: computadores, impresores, redes de datos
- Maquinaria: mantecadoras de helado, o batidoras, licuadoras, congeladores, menaje de cocina y servicio
- Transporte: vehículos con sistema de congelación
- Intangibles: permisos, marcas, reconocimiento de marca, entre otros.³⁰ (...)



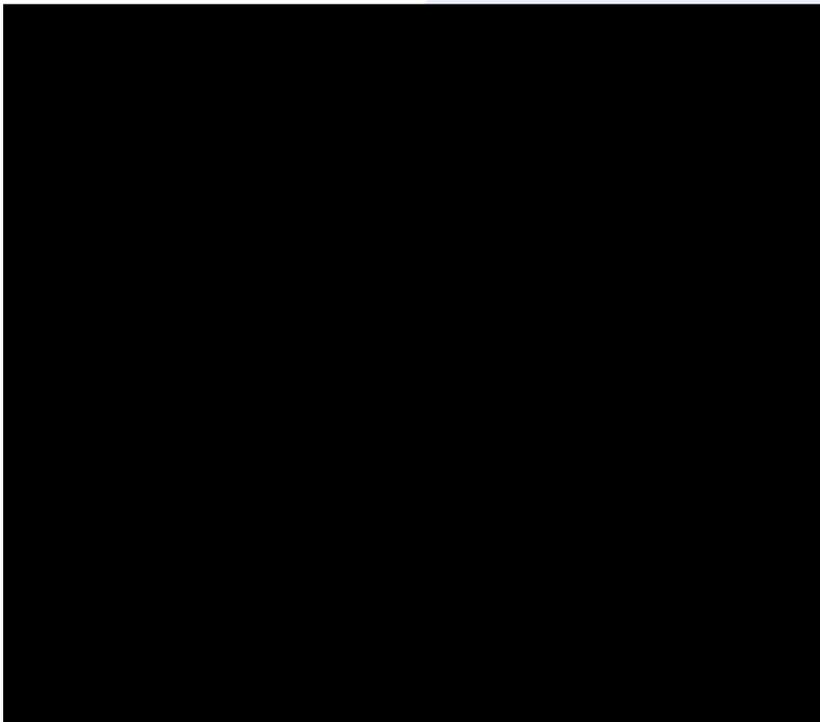
(...) En este sentido, para la producción de helados artesanales, los potenciales competidores necesitan de maquinaria específica, por lo que, conforme la información remitida por los operadores dentro del expediente, esta Dirección evidenció que, los competidores potenciales relacionados con la producción de helados industrializados, actualmente contarían con activos materiales e inmateriales similares, aun considerando que éstos no contarían con la maquinaria necesaria para la elaboración de helados artesanales como son los caballetes de acero inoxidable y las pailas de bronce, por lo que, incluso su inversión en éstos materiales, no significaría que deban incurrir en costos significativos.

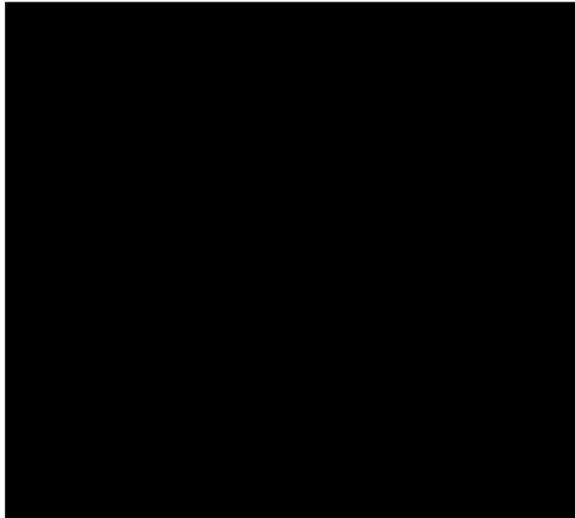
En conclusión, estos operadores **no tendrían que incurrir en costos significativos para la adquisición de los activos tanto materiales como inmateriales para trasladarse a la distribución y comercialización de helados artesanales.**

Lo contrario sucedería con otros operadores económicos relacionados con la industria para el procesamiento de derivados de leche, productores de pulpas de frutas y productores de pastelería o similares, que no podrían ser considerados como potenciales sustitutos, **por cuanto, no contarían con los activos materiales e inmateriales *know how*, incluso a mediano plazo, por lo que su ingreso conllevaría una inversión importante, en consecuencia, se descarta la posibilidad de ingreso de dichos operadores.** (Énfasis añadido)

Respecto del acceso a los sistemas logísticos y canales de distribución, la Dirección señaló:

(...)La cadena de producción utilizada por los operadores inmersos en este sector, en cuanto al sistema logístico, estaría comprendido, de la siguiente manera:





El canal de distribución para la comercialización de helados artesanales estaría comprendido principalmente, de lo siguiente:

Referente a la comercialización Bogati Helados con Queso la realiza **de manera directa como es la venta al público en nuestros locales y a través del servicio directo** y mediante (sic) las distintas plataformas de delivery por Rappi y demás empresas que brindan este tipo de servicios (...)

(...) Para la comercialización se utilizan **tiendas a pie de calle o dentro de centros comerciales, montadas en base a diseños propios de la marca**. Las tiendas preparan los productos y venden directamente al cliente final. Además, somos los pioneros en entrega de helados a domicilio y llegamos a nuestros clientes a través de sistemas de delivery con plataformas como **PedidosYa, Uber Eats, Rappi, etc. en varios casos, llegamos también con motorizados propios** (...)

(...)El principal canal de distribución para helados de paleta es el **canal tienda a tienda**

(...) Los principales sistemas logísticos para la distribución de productos hacia los compradores que incluye el almacenaje y entrega, se lo realiza mediante una cadena de distribución que se lleva a efecto en cada uno de los locales de FRUTICREAM.

(...) El principal canal de distribución se lo realiza de forma directa con la venta al consumidor final, y en casos excepcionales pero no descartables la venta a mayoristas (...)

(...) Distribución: se **lo realiza en forma directa en nuestros diferentes locales**, no contamos con helados industriales y envasados para ser de fácil distribución, la venta del producto artesanal se lo realiza al granel (...)

Por otro lado, también se utiliza la figura de franquiciado, que su acceso, dependerá de la negociación previa con el dueño de la franquicia, y aceptación de condiciones y requisitos para a la suscripción del contrato.

Conforme lo referido por varios operadores del sector, los canales de distribución de los helados artesanales, de manera principal, se lo realiza en los locales propios de la marca o sus franquiciados,



por lo que, potenciales competidores, de manera inmediata, no podrían acceder a sistemas logísticos y canales de distribución, y su entrada dependería de la negociación previa para acceder a los mismos.

Situación contraria, con los helados industrializados, por cuanto la comercialización de éste tipo de helados se la realiza en tiendas de barrio, supermercados, heladerías, restaurantes, y fuerza de venta propia, por lo que, ingresar a dichos canales, sería viable en el caso de helados industrializados.

En consecuencia, conforme lo referido, **los canales de distribución y sistemas logísticos de los helados artesanales, estarían condicionados a la negociación previa que se realice con el dueño de la marca, por lo que, esta Dirección concluye que no existiría, al menos a corto plazo, la posibilidad de sustitución por parte de los potenciales competidores en este mercado.** (Énfasis añadido)

En lo referente a que los competidores incurran en costos hundidos, la DNICPD explicó:

[Redacted text block]

31

En este contexto, es importante señalar que, las investigaciones de mercado realizadas pre-producción utilizadas para evaluar la efectividad del producto son consideradas como costos hundidos, en el caso de las industrias como la farmacéutica o petrolera incurren en estos costos de manera significativa, por la importancia que conlleva su fase de investigación para toma de decisiones. En el caso concreto, con relación en costos hundidos significativos al momento de trasladar su producción, esta Dirección evidencia que, en la industria de los helados los competidores no incurrirían en costos hundidos significativos, por cuanto, no se ha identificado éstos costos puedan representar un riesgo para trasladar su producción.

En consecuencia, la DNICPD considera que, **ante un eventual traslado al mercado de los helados artesanales, los operadores económicos considerados como posibles sustitutos no tendrían que incurrir en costos hundidos significativos, lo cual incrementaría las posibilidades de sustitución de la oferta en este mercado...** (Énfasis añadido)

Respecto de las barreras de entrada y los incentivos económicos que tendrían los potenciales competidores al ingresar al mercado, la Dirección identificó:

(...) Con base en cuestionarios aplicados a operadores económicos que participan en el sector, esta Dirección identificó las siguientes barreras de entrada en el mercado de helados artesanales:

- Permisos para funcionamiento y operación de puntos de venta

³¹ Información proporcionada por los operadores económicos del sector en el cuestionario I de la DNICPD.



- Importante inversión en publicidad para posicionarse en el mercado
- Los helados industrializados mantienen economías de escala, que por el volumen producido, pueden tener costos bajos y menor precio.
- Barreras legales, Municipio: LUAE, permiso de Bomberos, permisos de la Secretaria del Ambiente, ARCSA: Notificaciones sanitarias de los productos, infraestructura bajo Buenas Prácticas de Manufactura (BPM), Ministerio de Trabajo: Reglamentos y procedimientos, SRI: Impuestos, declaraciones.

A nivel internacional, de acuerdo al Departamento de Justicia de Estados Unidos (DOJ), la perspectiva de la entrada de nuevas empresas en el mercado relevante podrá aliviar las preocupaciones acerca de los efectos negativos sobre la competencia, sólo si esta entrada reúne las condiciones para disuadir o contrarrestar dichos efectos. Al respecto, si un mercado no tiene barreras de entrada otros operadores podrán concurrir al mercado y salvaguardar el número de oferentes en un mercado. En este sentido, la **DNICPD considera que las barreras identificadas responden a la dinámica regular del mercado helados, en consecuencia, no advierte limitantes importantes para la entrada de nuevos oferentes en este sector (...)** (Énfasis añadido)

Así mismo de los incentivos económicos necesarios, la Dirección concluyó:

En el caso concreto, conforme la información remitida por los operadores económicos del sector, señalaron que mantendrían un margen neto, en promedio, de 9% por la venta de los helados industrializados, mientras que para los helados artesanales, sería, en promedio de 15%, por lo que, se evidenciaría que el sector mantiene márgenes de rentabilidad.

En síntesis, respecto de los márgenes de rentabilidad, esta Dirección considera que los potenciales competidores, al no tener que incurrir en costos hundidos significativos y **mantener un margen de rentabilidad considerable, se verían interesados en incursionar en éste mercado debido a los incentivos económicos;** sin embargo, es importante señalar que, existe un gran número de operadores independiente que si bien no tendrían un posicionamiento importante en el mercado de helados artesanales, **podrían significar un limitante en cuanto a la rentabilidad de producir éste tipo de helados por el número de competidores informales que se encuentran en éste sector.** (Énfasis añadido)

Por otro lado, en cuanto a la capacidad instalada, la DNICPD señaló:

(...) La inversión inicial que se requiere, actualmente, para la comercialización de helados debe contemplar, al menos, lo siguiente:

(...) Inversión inicial

A. Infraestructura	Edificios
	Cuartos fríos
	Caldero
B. Equipos	Equipo de pasteurización
	tanques de enfriamiento
	Freezer continuo
	freezer soft
	Chupetera
	Flow pack



	Bomba incorporadora
	Banco de frio
	Moldes
C. Embalaje y Envolturas	Cyreles
	empaques
	envases
	cajas
	cartones
	fundas
D. Transporte	vehículos térmicos
E. Capital De Trabajo	
F. Mobiliario	

Fuente: operadores económicos

Elaboración: DNICPD

De la revisión de la información aportada dentro del expediente por los operadores económicos, la DNICPD observa que los competidores potenciales corresponden a empresas multinacionales, que poseen la capacidad instalada, principalmente, en la línea de producción, costos en marketing y asociados con la marca. Por lo que, se podría señalar que con una incorporación de línea de producto, existirá capacidad para la producción, sin la necesidad de incurrir en costos significativos.

Además, con relación a la capacidad instalada inutilizada, los actores del sector, informaron, que en promedio, dispondrían de al menos 32% de dicha capacidad que se encontraría inutilizada, en el caso de helados industrializados, y un 18% en el caso de los helados artesanales. Por lo que, esta Dirección identifica, que la producción de los helados artesanales estarían casi en su punto máximo de capacidad conforme sus instalaciones actuales.

En relación con lo anterior, esta Dirección considera que, 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 éstos operadores contarían con la capacidad instalada inutilizada y podrían ingresar a la producción de helados artesanales sin incurrir en costos significativos, lo cual aumentaría las posibilidades de sustitución, conforme las condiciones antes mencionadas, por el lado de la oferta en este mercado.** (Énfasis añadido)

Finalmente, respecto de que los consumidores perciban a los bienes o servicios de los potenciales competidores como sustitutos válidos, la Dirección manifestó:

(...) En consecuencia, con base en las respuestas de los operadores económicos, los consumidores de helados artesanales considerarían como un factor importante en su decisión de compra sabor y después el precio. Además, a criterio de los operadores en este mercado, los consumidores si estarían dispuestos a probar una nueva marca helados artesanales, sin embargo, no considerarían como sustitutos válidos los industrializados. Por lo que, esta Dirección concluye que las probabilidades que los consumidores acepten un nuevo producto en el mercado son altas, siempre y cuando ingresen con buen sabor y precio, y sean producidos artesanalmente.

En tal sentido, esta Dirección considera que en el presente caso, la sustitución de la oferta entre los operadores económicos de helados artesanales frente a los industrializados, no cumplen con las



condiciones de rapidez y eficacia, esto debido, a que del análisis precedente, los potenciales competidores no podrían acceder, de manera inmediata, a los canales de distribución por cuanto, por lo general, manejan canales propio de venta, y el incurrir en puntos de ventas propios generaría una inversión inicial importante, y conllevaría a costos significativos que complicarían la entrada de los potenciales competidores.

Además, con respecto a la eficacia, es importante señalar, **que los consumidores únicamente reconocerían como sustitutos válidos los helados producidos de manera artesanal.** Por lo que, desde la sustitución de la oferta, se confirma la definición del mercado relevante, como **el mercado comprendido la comercialización de helados artesanales.** (Énfasis añadido)

Por lo mencionado, esta Intendencia considera que la Dirección al aplicar el artículo 12 de la Resolución 011 de la Junta de Regulación de la LORCPM, tomó en cuenta los siguientes elementos:

- a. Los potenciales competidores deben poseer los activos tantos materiales como inmateriales para trasladar su producción de un bien o servicio determinado a otro; en caso de no poseer alguno, debe ser capaz de adquirirlo sin la necesidad de incurrir en costos que sean irre recuperables;
- b. Los potenciales competidores deben tener la oportunidad de acceder a sistemas logísticos y canales de distribución adecuados para la comercialización del producto o servicio materia de análisis;
- c. Los potenciales competidores no deben incurrir en costos hundidos significativos al momento de trasladar su producción o prestación de servicios;
- d. Cualquier barrera de entrada debe ser superada en un periodo razonablemente corto de tiempo y sin que esto conlleve altos costos operacionales;
- e. Los potenciales competidores deben poseer los incentivos económicos necesarios para producir el producto o prestar los servicios materia de análisis;
- f. Los potenciales competidores deben poseer capacidad instalada inutilizada que puede ser puesta en marcha sin incurrir en costos significativos, y;
- g. Los consumidores deben percibir a los bienes o servicios de los potenciales competidores como sustitutos válidos del producto o servicio materia de análisis.

Respecto del análisis realizado por la DNICPD, esta Autoridad concluye que, desde el lado de la oferta en relación con los operadores de helados industrializados y artesanales no se cumplen los parámetros de rapidez y eficacia, debido a que, éstos potenciales competidores no podrían acceder, de manera inmediata, a los canales de distribución, al tener que invertir en puntos de venta propios, y conllevaría en costos significativos para su entrada.

Finalmente, con relación a la eficacia, la Intendencia concuerda con la DNICPD, por cuanto los consumidores únicamente reconocen como sustitutos válidos a los helados que son producidos de manera artesanal. Por lo que, esta Autoridad concluye que desde el lado de la oferta se ratifica la definición del mercado relevante como la comercialización de helados artesanales.

5.4. Mercado Geográfico

El artículo 5 de la LORCPM, con relación al mercado geográfico establece:

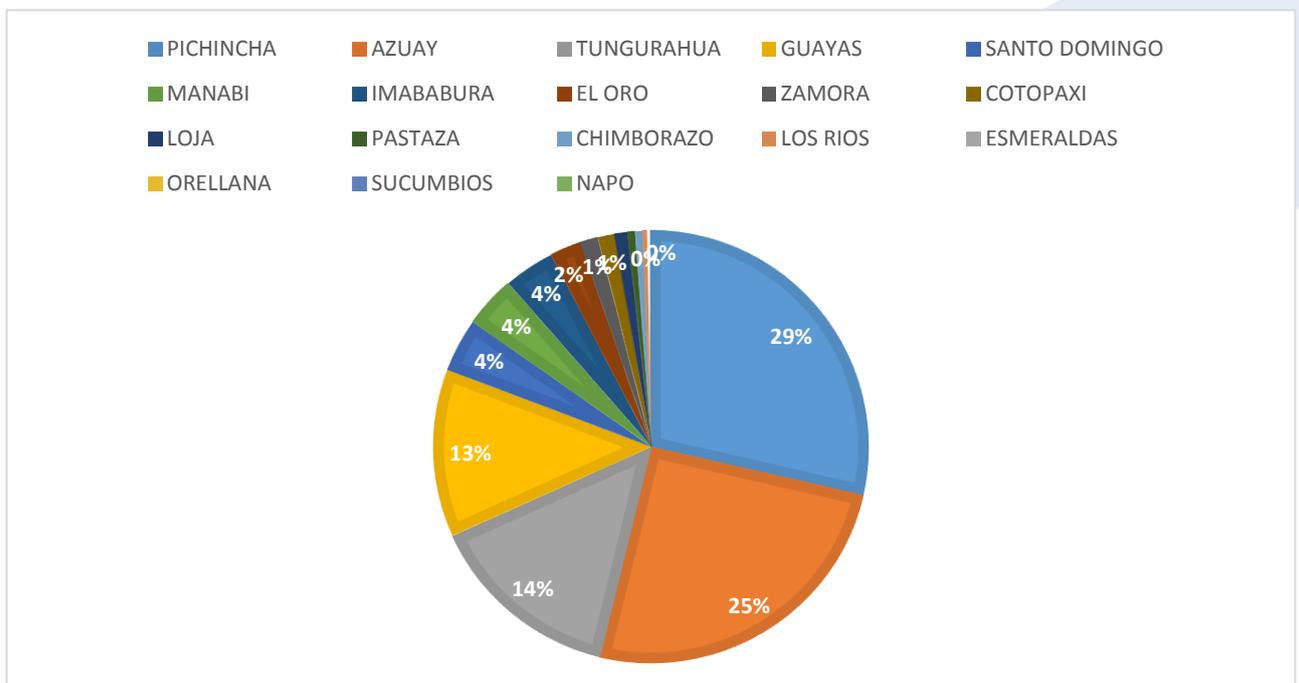


“El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante (...) la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes”.

Respecto a la definición de mercado geográfico, la DNICPD explicó que:

En este sentido, de acuerdo con la información remitida por los operadores económicos, la distribución de los helados artesanales, en promedio desde el período año 2017-2020, se ha realizado a nivel nacional, principalmente, en el año 2020, en las provincias de Pichincha con el 29%, Azuay con el 25%, Tungurahua con el 14%, Guayas con el 13%, Santo Domingo el 4%, entre otras.

(...) Participación de unidades vendidas por provincia



Fuente: Operadores económicos.

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

De igual manera, complementó su análisis en herramientas cuantitativas, en particular lo que establece el artículo 21 de la Resolución No. 11, que establece:

“(...) consiste en evaluar los flujos comerciales entre zonas geográficas pre-establecidas de manera justificada. Si en una zona geográfica cualquiera, para el producto o servicio materia de análisis, se reporta poco o escaso el flujo comercial desde y hacia otras zonas, existe evidencia a favor de que dicha zona geográfica es un mercado geográfico por sí mismo.

En este sentido, esta prueba es comúnmente utilizada para la determinación de mercados geográficos fundamentada en el porcentaje del consumo total que representa los bienes producidos en una

determinada zona y el porcentaje de la producción total consumida en la zona en donde se ha producido el bien objeto de investigación.

Es importante señalar que, si el indicador resulta alto (los porcentajes de referencia están 75%-95%), significa que el área geográfica analizada es considerada un único mercado relevante. Por el contrario, un resultado bajo a los porcentajes mencionados, significará que el área geográfica analizada puede ser considerada un mercado más amplio. (Massey, 2000)³²

En línea con lo anterior, se considera LIFOUT (“Un poco adentro desde afuera”, por sus siglas en inglés) y LOFI (“Un poco de afuera hacia dentro”, por sus siglas en inglés) para evaluar la existencia de un mercado geográfico único. La primera hace referencia a la situación de que un solo pequeño porcentaje del consumo de la zona es “importada” de otra zona. Mientras que la segunda se refiere a la situación en la que un pequeño porcentaje de la producción local es “exportada” a otra zona. (Elzinger, K, and T. Hogarty, 1973)³³.

$$\text{LIFOUT} = 1 - \frac{\text{Compras de los consumidores en un área}}{\text{Producción del área candidata}} \leq 0.25$$

$$\text{LOFI} = 1 - \frac{\text{Envíos de la empresa en una zona para adentro}}{\text{Producción del área candidata}} \leq 0.25$$

Por lo que, en caso de que el resultado sea menor o igual a 0,25: se concluye que todas las compras que ocurren dentro de una zona geográfica forman parte del mercado geográfico. Mientras que cualquier valor superior a 0,25 significa que la región geográfica no es un único mercado relevante, sino más bien una parte de un mercado más amplio.

En aplicación de la referida prueba, la DNICPD identificó:

... En complemento, para determinar un factor débil o fuerte, en caso de que el factor de las pruebas sea inferior al 0,10, puede considerarse que el área geográfica es un mercado relevante "fuerte"; si es superior a 0,10 pero no superior al 0,25, se trata de un mercado relevante "débil". (Kostic, 2014)³⁴.

(...) Índice Elzinga – Hogarty

PROVINCIAS	%	FACTOR DÉBIL	
Pichincha, Azuay, Tungurahua y Guayas	81%	0,81	0,19
PROVINCIAS	%	FACTOR FUERTE	
Pichincha, Azuay, Tungurahua Guayas, Santo Domingo, Manabí, Imbabura	92%	0,92	0,08

Fuente: Información operadores económicos

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

³² Massey, P (2000): Market definition and market power in competition analysis: some practical issues. The Economic and Social Review.

³³ Elzinger, K, and T hogarty (1973) The problema of geographic market delineation in antimerger suits. Antitrust Bulletin.

³⁴ Kostic, Milan(2014), Testing The Boundaries Of The Relevant Market In The Competition Policy, Faculty of Economics, University of Kragujevac.



En la prueba Elzinga – Hogarty se calculó el factor por provincia y la DNICPD identificó que en conjunto cuatro provincias representaron un factor débil; y a su vez, siete provincias representaron un coeficiente fuerte, en tal sentido, esta Dirección define un mercado geográfico de alcance **nacional**³⁵.

En este orden de ideas, respecto del análisis realizado por la Dirección con relación del mercado geográfico, esta Intendencia concuerda con el alcance definido, por cuanto cuenta con pruebas cualitativas y cuantitativas las cuales fueron empleadas con base en la información que obra del expediente, así como ha considerado las herramientas previstas en la Resolución 011 expedida por la Junta de Regulación de la LORCPM. Por lo que, para el presente caso, se define como un mercado geográfico de alcance nacional principalmente con presencia en las provincias de Pichincha, Azuay, Tungurahua, Guayas, Santo Domingo, Manabí e Imbabura.

5.5. Mercado Temporal

Respecto a la temporalidad de la conducta y la estacionalidad, el artículo 14 de la Resolución N°. 11 de la LORCPM, 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”*.

En este sentido, la DNICPD explicó:

En relación a la duración de la conducta, el denunciante señaló:

“... Desconozco para cuánto tiempo estará pausada esta cuña y desde cuando se lo ha transmitido. Por tal motivo se me es imposible determinar el período aproximado de la conducta, pero lo que si podemos establecer es la publicidad se sigue emitiendo tanto en la frecuencia 89,7 FM, en la página web <https://bogati.ec/tiendas/>, Bogati y también se la puede sintonizar a través de varias páginas web...”

Ahora bien, respecto del comercial remitido mediante escrito de 04 de febrero de 2021, el denunciante señaló que, dicho comercial habría sido publicado el 31 de enero de 2021, en la red social Facebook “Bogati Helados con Queso”.

Por otro lado, conforme escrito de radio Bandida de 5 de febrero de 2021, con ID trámite 184271, indicó lo siguiente:

“El día 9 de enero, Bogati, mediante el Sr. Marco Toledo Pérez Zamora con CI 1802374759 se firmó un contrato con Radio Bandida, en el que se especifica que se transmitirán 7 cuñas y 3 menciones diarias de lunes a viernes y 5 cuñas de bonificación

³⁵ Conforme establece el artículo 7 de la resolución Nro. 12 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el alcance de la infracción: “...corresponde a la cobertura geográfica que tuvo la infracción, considerando de mayor a menor, un alcance nacional, regional o local” Asimismo el artículo 16 de la Determinación del importe base cuando es posible determinar el volumen total de negocio estable como parámetro: “... cobertura geográfica de la infracción nacional (...) cobertura geográfica de la infracción regional (3 o más provincias) (...) cobertura geográfica de la infracción local (menos 3 provincias)



por parte de la radio los días sábados hasta el 8 de marzo del 2021”

En consecuencia, conforme en los hechos denunciados relacionados con la publicidad referida por el denunciante, dentro de la resolución de inicio de investigación la Intendencia consideró: “... tendrían una temporalidad aproximada desde el 11 de enero de 2021 hasta la actualidad...”

Esto en virtud, de que el denunciante, mediante en el escrito de 4 de febrero de 2021 signado con ID trámite 184124 mencionó lo siguiente: “...El día domingo 31 de enero del 2021, en la página de Facebook “Bogati helados con Queso” se publicó un video en el que se hace nuevamente mención a la marca y nombre comercial GELATOMIX ...”

En este sentido, la DNICPD también se refirió al escrito remitido por el denunciado, en los siguientes términos:

En este contexto, mediante escrito y anexos de 11 de marzo de 2021, con ID 187885, el operador económico Santiago Castro, señaló:

Conforme se desprende del certificado que adjunto al presente escrito, el señor Andrés Patricio Suárez Núñez maneja con absoluta autonomía las redes sociales de la marca Bogati correspondientes al local franquiciado en Ambato, del que el señor Marco Tadeo Pérez Zamora es titular. Dicho certificado señala, además, que dentro de la absoluta autonomía con la que el señor Suárez maneja las redes sociales de Bogati, elaboró un video parodiando el debate presidencial donde, en sus palabras, “sale la marca registrada en la SENADI “Bogati” y un nombre genérico Chelato Mesk (sic).

Dicho video, al que su autoridad se refiere, **en efecto estuvo cargado en las redes sociales de Bogati desde el 31 de enero de 2021 a las 13h00 hasta el 1 de febrero de 2021 a las 18h00, es decir, un poco más de 24 horas al aire.** Como es de esperarse, dicho video no tuvo mayor alcance por el poco tiempo que estuvo cargado y cuyos registros de audiencia no ha sido posible obtener por cuanto el video fue eliminado.

En este sentido, se evidencia que el video referido por el denunciante, únicamente habría estado desde el 31 de enero de 2021 hasta el 01 de febrero de 2021.

De manera complementaria, la DNICPD, a fin de identificar la temporalidad de las conductas denunciadas, analizó la información remitida por las radios dentro del expediente, conforme lo siguiente:

Por otro lado, esta Dirección, conforme consta en el expediente, identificó que el franquiciado de la marca BOGATI habría suscrito un contrato de publicidad con la radio Bandida desde el 9 de enero de 2021 hasta el 8 de marzo del mismo año, respecto de la publicación realizada en Facebook, se revisó la página del denunciado y a la presente fecha la publicación del video ya no se encuentra disponible, conforme se ha verificado dentro del expediente de acuerdo a lo siguiente:

(...) Información remitida por Radios

No. DE TRÁMITE	OPERADOR ECONÓMICO	MEDIO RADIALES
208859	CANELA RADIO	La radio señaló: “manifiesto que mi representada NO ha prestado tales servicios con SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ en referencia a



		publicidad, pautaaje, contratación, y ningún otro. Únicamente se ha pautado, de 02 de junio 2021 al 02 de julio del 2021, dos comerciales de Helados Bogati, en el cual, se detalla promoción de sus helados.
207009	BRISA STEREO 95.3	La radio señaló: informo que la marca mencionada (BOGATI), o alguna persona natural o jurídica NO ha pautado en nuestra estación radial, para promocionar su marca helados Bogati.
206794	RADIO STEREO UNICA FAMILYPR	La radio señaló: "... no ha pautado publicidad en mi estación radial..."
206522	RADIO CULTURAL IDENTIDAD EP	La radio señaló: "... NO ha pautado publicidad para promocionar helados Bogati..."
206513	RADIO COLOSAL	La radio señaló: "... me permito responder que no, esta emisora no ha tenido ningún tipo de contratación publicitaria ni a nombre del mencionado Señor, ni de la marca señalada..."
206498	RADIO AMBATO	La radio señaló: que no hemos pasado la publicidad de BOGATI HELADOS CON QUESO en Radio Ambato ni Radio Amor, que pertenecen a SERVICIOS DE RADIO Y TELEVISION RODALDE CIA.LTDA
206495	RADIO HECHIZO	La radio señaló: "... NO A PAUTADO PUBLICIDAD NI A CONTRATADO los servicios de Radio Hechizo F.M., tampoco otro operador económico, persona natural o jurídica para promocionar el producto Helados Bogati..."
206491	RADIO SIRA	La radio señaló: "... NO mantuvo, ni mantiene publicidad con el operador económico SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ – Con el nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO y de la marca BOGATI con RUC 1804093787001 ni de ningún otro operador económico persona natural o jurídica promocionando la marca Helados Bogati
206403	RADIO ALEGRÍA	La radio señaló: (i) SI ha pautado publicidad en ESTACION ALEGRIA ESTALSA S.A/ RADIO ALEGRIA 98.5 FM. Para promocionar el producto helados BOGATI, (ii) también NO ha pautado otro operador económico, persona natural o jurídica, distinto a SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ. De la revisión del comercial, se identifica un dialogo, en lo cual, se promociona BOGATTI en la ciudad de Ambato, sus precios y direcciones. No se evidencia ninguna alusión a otro competidor.
206389	RADIO CARAVANA	La radio señaló: "... ni el operador ni la marca constan en nuestros registros contables, por lo tanto, no han realizado ningún tipo de pautaaje comercial en nuestras emisoras..."
206382	RADIO CARACOL	La radio señaló: "... (i) NO ha pautado publicidad en COMPAÑÍA CARACOL RADIO FM COMCARF S.A/ RADIO CARACOL 91.3 FM para promocionar el producto helados BOGATI, (ii) también NO ha pautado otro operador económico, persona natural o jurídica, distinto a SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ.
206315	RADIO PAZ Y BIEN	La radio señaló: "... no se ha realizado pauta alguna por parte de los antes mencionados"
206275	RADIO ZARACAY	La radio señaló: "...no ha pautado publicidad en RADIO ZARACAY para promocionar su producto helados Bogati.
206198	RADIO MARIA	La radio señaló: "... no realizada publicidad alguna... no ha pautado ninguna publicidad"
206178	RADIO TRICOLOR	La radio señaló: "... NO ha pautado en esta estación radial.
206076	MEDIOS PÚBLICOS	La radio señaló: "... no se ha pautado ninguna pieza publicitaria de la marca BOGATI HELADOS CON QUESO.

Fuente: Escritos de Radios presentados dentro del presente expediente

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales



Además, la Dirección, consideró, la información remitida por el operador económico Santiago René Castro Núñez mediante escrito de 27 de agosto de 2021, con ID trámite 205701, en el cual explicó lo siguiente:

De igual manera, mediante escrito con ID 205701, recibido mediante ventanilla virtual el 27 de agosto de 2021 a las 17h07, el operador SANTIAGO RENÉ CASTRO NUÑEZ, titular de la marca y nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO presentó la declaración jurada respecto al cumplimiento de medidas preventivas, en cuya parte pertinente declara:

“ (...) declaro bajo juramento que: i) la publicidad de la marca comercial Bogati Helados con Queso, objeto del proceso administrativo antes señalado, emitida en la radio 89.7 FM de la ciudad de Ambato y en cualquier medio físico y digital, redes sociales, páginas web, entre otros, ha sido retirada desde antes de la fecha de emisión de la resolución antes señalada y **no ha sido reproducida nuevamente en canales públicos o privados, digitales o tradicionales**, (ii) La publicidad de la marca comercial Bogati Helados con Queso, objeto del proceso administrativo antes señalado, publicado en la red social Facebook, **ha sido eliminado permanentemente de dicha red social y cualquier medio físico y digital, redes sociales, páginas web, entre otros**, (iii) **Cualquier publicidad que aluda de manera directa o indirecta a la Marca GelatoMix® o a sus productos ha sido retirada y cesada, de manera permanente**”. (Énfasis añadido)

Así también, la Dirección realizó una revisión de las redes sociales y página web respecto de la publicidad transmitida identificando lo siguiente:

Por otro lado, en relación a redes sociales y página web, esta Dirección tiene en cuenta lo siguiente:

(...) Información Redes Sociales

RED SOCIAL	PRODUCTO	REVISIÓN
FACEBOOK https://www.facebook.com/bogati.ec/	“HELADOS CON QUESO”.	En la cuenta de BOGATI HELADOS CON QUESO se encontró publicaciones respecto a helados con queso en las cuales no hacen referencia alguna al operador económico GelatoMix , en el período comprendido de enero de 2021 hasta agosto de 2021.
INSTAGRAM https://instagram.com/bogati.ec?utm	“HELADOS CON QUESO”.	En la cuenta de BOGATI HELADOS CON QUESO se encontró publicaciones respecto a helados con queso en las cuales no hacen referencia al operador económico GelatoMix , en el período comprendido de enero de 2021 hasta agosto de 2021.

Fuente: Redes sociales

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

(...) Información Página web

PÁGINA WEB	PRODUCTO	REVISIÓN
https://www.bogati.ec/home/	“HELADOS CON QUESO”.	En la página web de BOGATI HELADOS CON QUESO se encontró publicidad respecto a sus productos, locales comerciales y contactos, sin identificar publicidad que pueda hacer referencia al operador económico GelatoMix, en el período comprendido de enero de 2021 hasta agosto de 2021.

Fuente: Página web Bogati

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales



En tal sentido, de acuerdo con la naturaleza de las presuntas conductas, la temporalidad, estaría comprendida desde la fecha de suscripción del contrato que sería desde el 9 de enero de 2021, sin identificar nuevos elementos que puedan ser considerados y evidenciar el cese de la publicidad objeto de análisis en el presente expediente, hasta el mes de marzo de 2021.

Ahora bien, respecto de la estacionalidad, al ser un producto de consumo masivo la producción y comercialización de helados artesanales se realizaría durante todo el año. En consecuencia, éste mercado no respondería a factores importantes estacionales, sin embargo, esta Dirección tiene en cuenta que en la industria se evidencia dos temporadas de repunte en la demanda: la primera sería en los primeros tres meses del año, en especial en la Costa, donde el calor del invierno suele despertar el apetito por éstos productos. Y el segundo, en los últimos meses del año, al evidenciar un repunte del consumo debido al nivel de fiestas y encuentros familiares que se registran en el país. 36

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.

5.6. Mercado Relevante

La DNICPD, dentro del informe de resultados definió el siguiente mercado relevante:

Por la definición del mercado de producto y el alcance del mercado geográfico, en donde los operadores económicos desarrollan sus actividades económicas, la DNICPD define al mercado relevante como: comercialización de helados artesanales, con un alcance de nivel nacional.

Conforme el análisis contenido tanto en el informe de resultados como en la presente resolución, esta Autoridad concluye que el mercado relevante está definido como la comercialización de helados artesanales con un alcance nacional.

En este análisis, la DNICPD a fin de determinar las cuotas de participación del mercado relevante, realizó consideraciones previas, de la siguiente manera:

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none">• En el caso del operador TUTTO FREDDO, mediante información se identificó como producción artesanal, sin embargo, al tener | <ul style="list-style-type: none">• Respecto del operador económico HELADERÍA LOS ALPES, se identificaron, conforme la información constante en el SRI, |
|---|---|

³⁶ El Universo (2021), El negocio de helados innova y busca recuperar consumo de ecuatorianos. Obtenido de: <https://www.eluniverso.com/noticias/economia/el-negocio-de-helados-innova-y-busca-recuperar-consumo-de-ecuatorianos-nota/>



<p>una canasta diversa entre helado de máquina y helado artesanal, únicamente se tomó en cuenta los ingresos por ventas del helado artesanal, excluyendo cualquier otro rubro.</p>	<p>varias personas jurídicas que mantienen el mismo nombre comercial, por lo que, se identificó al RUC 0100726165001 correspondiente a María Fontana nombre comercial Heladería Los Alpes, y RUC 1714384730001, a José Herrera con nombre comercial Heladería Los Alpes, sin incluir otros que se encuentran suspendidos. En este sentido, se agrupó los ingresos de venta por marca.</p>
<ul style="list-style-type: none">• En cuanto a los operadores DUMILESA S.A., y HELADERÍA FONTANA se utilizó la información reportada en el SRI.	<ul style="list-style-type: none">• El operador económico Helados Tucan, mediante escrito de 16 de junio de 2021, con Id. 196818, informó que “la empresa inició operaciones en enero de 2021”, en consecuencia, únicamente se tendrá con información parcial del año 2021, por cuanto no ha finalizado el año referido.
<ul style="list-style-type: none">• Respecto del operador económico IDEAL, mediante escrito de 10 de junio de 2021, con Id. 196164, informó que la compañía no ha tenido operaciones.• Finalmente, existe un rubro “entre otros” que abarcan otros operadores pequeños locales y con puntos de venta específicos y focalizados, que en conjunto no representaría menos del 1%.	<ul style="list-style-type: none">• En el caso de DFRANLU, al ser el proveedor del helado de BOGATI, se incluyó su participación en dicho operador, lo indicado, sin perjuicio de las ventas propias que realizaría DFRANLU, las cuales, estarían considerados en el rubro “entre otros”. <p>En el caso de los franquiciados de BOGATI, se identificaron, entre los principales, lo siguientes: Beatriz Oñate que representaría el 11% de los ingresos totales, Cindy Pérez y Jonathan Alvarado con el menos del 1%, Katherine Pérez con el 14%, Marco Pérez con el 10%, entre otros.</p> <p>En resumen, la representatividad de la marca en conjunto de BOGATI, en el mercado relevante en conjunto, sería la sumatoria de todos los franquiciados y dueños de la marca. Por lo que, si en conjunto representa en el año 2020, el 1%, los franquiciados de manera independiente, representarían menos de éste 1% en el mercado relevante, incluso el señor Marco Pérez, que sería el dueño del local de Ambato, donde se habría realizado la publicidad.</p>

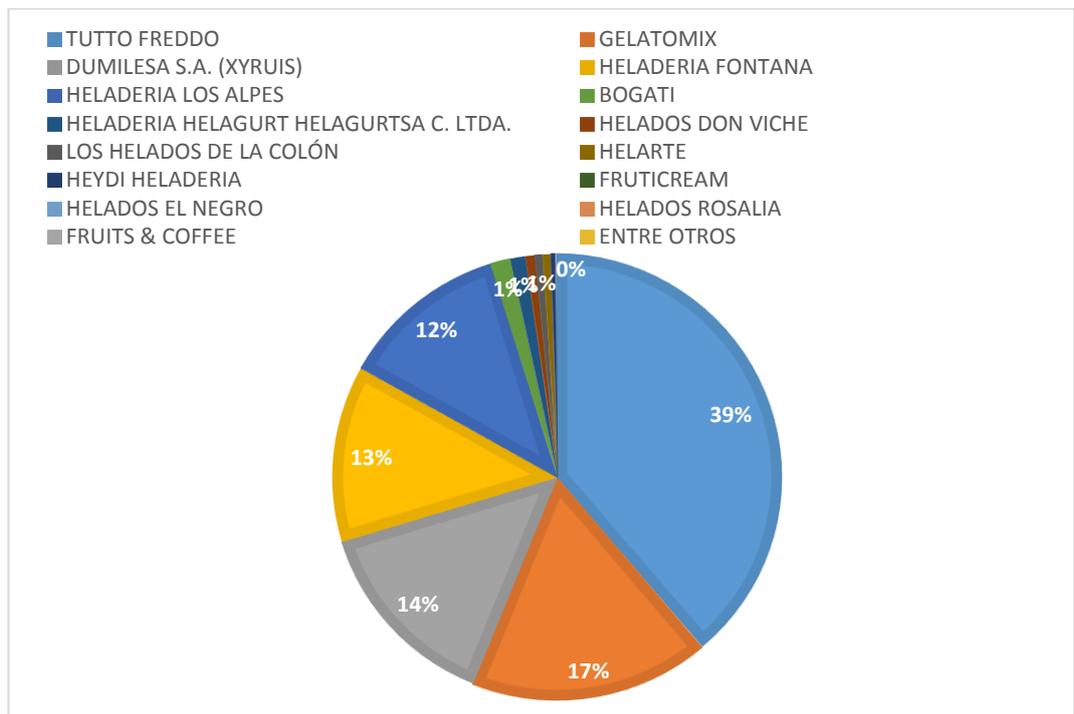
Fuente: Informe de resultados DNICPD

De esta manera, la DNICPD calculó las siguientes participaciones para el año 2019 y 2020, conforme consta a continuación:



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.

**(...) Participación de operadores económicos en el Mercado Relevante por ingresos-
año 2019**



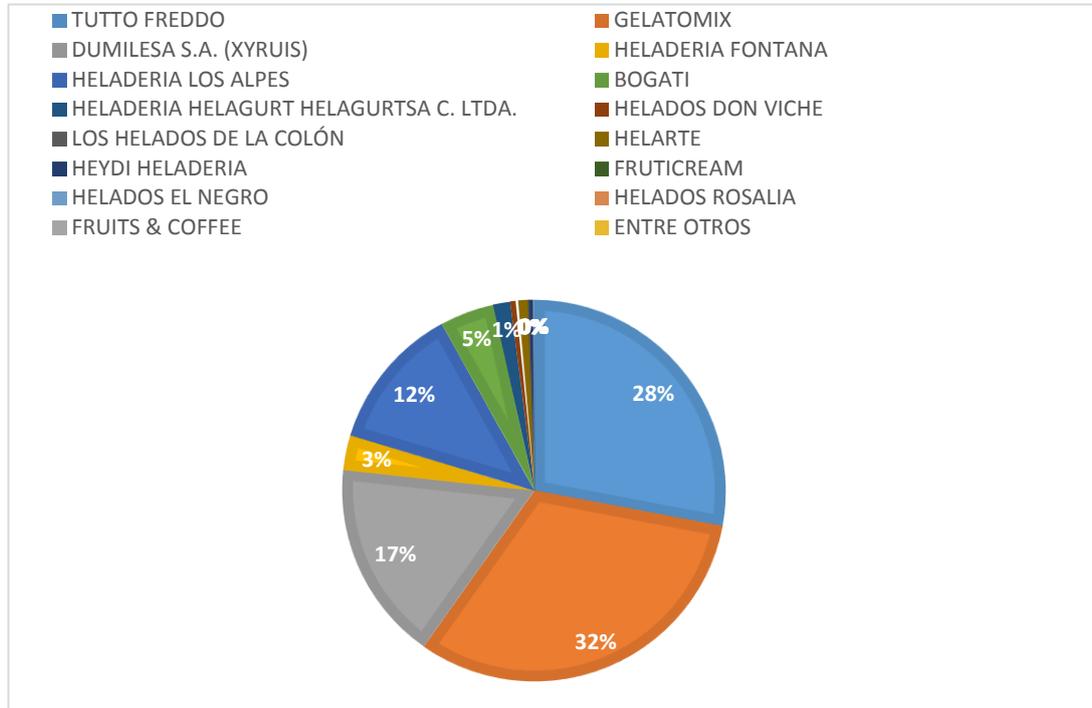
Fuente: Información operadores económicos

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

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.



(...) Participación de operadores económicos en el Mercado Relevante por ingresos- año 2020



Fuente: Información operadores económicos

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

En tal sentido, esta Intendencia, determina que para el presente caso, el mercado relevante estaría definido como la comercialización de helados artesanales, con un alcance de nivel nacional, en el cual identifica las cuotas de participación de los operadores económicos investigados para el año 2019, 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%.

Así como también, identificó las cuotas de participación de los operadores económicos investigados para el año 2020, encontrándose a 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.

5.7. Falseamiento a la libre competencia

En este punto de análisis, la Intendencia considera indispensable resaltar que el artículo 5 de la LORCPM establece que, para cada caso, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado deberá determinar el mercado relevante; en particular 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... (Énfasis añadido)

En otras palabras, la Intendencia en todos los casos, necesariamente debe determinar un mercado relevante. Por tal razón, para que la autoridad de competencia pueda conocer y eventualmente sancionar una conducta anticompetitiva, ésta deberá ocasionar un efecto real o potencial, en el mercado relevante determinado dentro de la investigación.

Por lo indicado, tanto la cláusula general y las conductas de competencia desleal se encuentran necesariamente concatenadas con los parámetros de cualificación contenidos en el artículo 26, y en el ya referido artículo 5 del mismo cuerpo legal.

En particular, el artículo 26 de la LORCPM, prohíbe y sanciona aquellas conductas desleales que afecten el orden público económico. Por lo que, solo serán objeto de prohibición y sanción en el marco de la LORCPM, los actos de competencia desleal que afecten real o potencialmente el régimen de competencia, es decir, 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 dentro del mercado relevante determinado.

Con estas consideraciones, esta Intendencia tiene en cuenta 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 en el mercado relevante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la LORCPM.

En tal sentido, para que una conducta desleal sea prohibida o sancionable conforme la LORCPM, no basta con acreditar la simple existencia del acto o hecho deshonesto, sino que, además, resulta indispensable determinar si la conducta investigada impide, restringe, falsea o distorsiona el orden público en el mercado relevante.

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, la Dirección explicó que:

... Naturaleza de la conducta investigada:

... El presente caso de investigación, se investiga al operador económico SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ, titular del nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO, 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.



Mediante la resolución de 25 de marzo de 2021, la INICPD resolvió iniciar una investigación en contra del operador SANTIAGO CASTRO, nombre BOGATI, en particular, respecto de la conducta de engaño, señaló:

Al respecto, esta Autoridad considera que, si bien BOGATI no precisó la composición, en específico de los helados de chicle, chocolate, café y galleta, el consumidor racional medio sería capaz de comprender que estos sabores, por su propia naturaleza no llevan fruta natural. En este sentido, las aseveraciones sobre el contenido “fruta natural”, en esos sabores, no es capaz de inducir al error a los consumidores.

En relación con el procedimiento de elaboración de los helados, BOGATI ha precisado que los hace a base de paila, en concordancia con lo que anunció en su publicidad. Sobre este particular, esta Dirección tiene en cuenta que, de conformidad con el artículo 27, número 2, inciso segundo de la LORCPM, la carga de la prueba del anuncio publicitario le corresponde al anunciante, por lo que es necesario contar con mayores elementos indiciarios o probatorios, con respecto a las aseveraciones en cuanto al proceso de elaboración de sus helados.

En relación con la aseveración de que la crema no es nociva para la salud, esta Dirección tiene en cuenta, la garantía de que la crema de los helados de BOGATI no afecta a la salud, no es un acto meramente publicitario, sino un deber legal, de conformidad con las normas sanitarias pertinentes. Por lo que, en una eventual investigación, el anunciante deberá probar que la crema que usa en sus productos no es nociva para la salud.

En este orden de ideas, esta Autoridad estima necesario abrir una etapa de investigación, con el objeto de indagar sobre estos cargos, con mayor profundidad, a efectos de verificar el procedimiento de elaboración de los helados de Bogati y las aseveraciones realizadas en su publicidad...

Respecto de los actos de denigración, la Dirección indicó:

... Por otro lado, en relación a los actos de denigración, la INICPD analizó:

En la pauta difundida a través de la frecuencia radial, BOGATI habría hecho alusión a la composición de los helados de GELATOMIX, y su modo de fabricación. Por otra parte, en el video difundido a través de la red social Facebook, en criterio del denunciante, constituye una campaña de desprestigio, que incluye mofa y sarcástica, al realizar una parodia del “DEBATE 2021”.

En relación con este cargo, BOGATI ratificó la autenticidad del video, así como la identidad de la marca comparada “GELATOMIX”. Únicamente manifestó que las conductas denunciadas no son susceptibles de inducir al yerro al consumidor y que no existe falseamiento de la competencia.

Al respecto, esta Intendencia considera en forma preliminar que el video difundido a través de la red social Facebook, contiene aseveraciones que, independientemente de que sean ciertas o no, tendrían por objeto desacreditar a GELATOMIX en el mercado (...)

(...) Al respecto, de conformidad con la información remitida por GELATOMIX, sus helados serían **hechos a base de fruta natural**. BOGATI, en cambio, no ha aportado con elementos que sustenten lo aseverado en su publicidad, en **relación con los productos de GELATOMIX**. En este sentido, existiría un indicio sobre presuntos actos de denigración, sobre esta aseveración.



En referencia al parámetro, **“ni cremas que afectan a la salud”**, **BOGATI no ha precisado cuáles son las cremas aludidas, ni como afectarían la salud**. Por tal motivo, esta Autoridad considera en forma preliminar que existen indicios de actos de denigración, sin perjuicio de que en la correspondiente etapa se confirme o desvirtúe esta hipótesis.

En relación con la aseveración **“además de tener un queso que no tiene grasa”**, **GELATOMIX no ha precisado si el queso que utiliza tiene grasa o no**. Sin embargo, al igual que las aseveraciones anteriores, BOGATI no ha aportado con elementos que respalden sus aseveraciones. Al respecto, esta Autoridad considera en forma preliminar que existen indicios sobre actos de denigración, sin perjuicio de que en la correspondiente etapa se confirme o desvirtúe esta hipótesis. (Énfasis añadido)

En relación a los actos de comparación, la Dirección señaló:

Finalmente, en contexto de la conducta de comparación, la INICPD, manifestó:

En primer lugar, en su publicidad, BOGATI precisó que, a diferencia de “CHELATOMESK”, sus helados son de fruta natural, una crema perfectamente balanceada, un queso balanceado que conjuga con los elementos en un sabor. En tanto habría afirmado que la fortaleza de “CHELATOMESK”, sería que llevan varios años en el mercado y tienen un sabor original.

Esta comparación, sería análoga, en la medida en que compara dos productos iguales, helados. En adición, sería relevante, puesto que la información sobre el ingrediente “fruta natural”, puede ser importante para que el consumidor realice una adquisición informada. **Respecto, de la comprobabilidad, esta Intendencia considera que el parámetro “fruta natural”, es comprobable, no así el término “sabor increíble”, que es subjetivo, y no puede ser comprobado objetivamente.**

Por otra parte, en el diálogo del video referido, se hace referencia que, a diferencia de GelatoMix, los helados de Bogati son de paila, 100% fruta, que no utilizan pulpas, ni cremas que afectan a la salud, que su queso no tiene grasa y que tienen “el mejor sabor”.

Sobre esta comparación, esta Intendencia considera que la comparación sobre los parámetros fruta natural, pulpas, **cremas que afectan a la salud y el queso que no tiene grasa, es análoga, por cuanto compara los helados de ambos competidores, es relevante, toda vez que esta información podría ser útil para que el consumidor ejerza su derecho a un consumo responsable e informado.**

Sin embargo, respecto del parámetro de comparación “el mejor sabor”, esta Autoridad estima que si bien puede ser análogo y relevante para el consumidor, no es comprobable, dado que no puede ser medido de acuerdo con parámetros objetivos, pues el adjetivo cualitativo “mejor”, es subjetivo. (Énfasis añadido)

De manera complementaria, respecto de la estructura del mercado, la Dirección señaló:

Con relación al análisis de la naturaleza de las conductas investigadas, para determinar el posible falseamiento al régimen de competencia, a manera de experiencia internacional, la agencia de competencia española, ha considerado analizar si las prácticas desleales tienen la capacidad de atentar contra la apertura de mercados, la igualdad de condiciones de los operadores, y al principio



de libre elección de los consumidores.³⁷

En este sentido, la DNICPD debe identificar si como consecuencia de la conducta desleal se ha impedido, restringido, falseado o distorsionado la competencia, atentó contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

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.

Conforme se detalla a continuación:

Tabla (...) Índices

	2017	2018	2019	2020
Total participación acumulada	100%	100%	100%	100%
Número de empresas	8	13	16	16
Hirschman-Herfindahl	3.861	3.626	2.322	2.265
Razón de concentración				

³⁷ El criterio para la determinación del falseamiento de la competencia se sustenta en pronunciamientos que ha realizado la autoridad de competencia de España, en casos como: Resolución de 29 de julio de 2011, expte S/0184/09 ATR GAS NATURAL; Resolución de 24 de febrero de 2012, expt S/0213/10 IBERDROLA SUR; Resolución de 11 de junio de 2012, expte S/0304/10 ENDESA; Resolución de 17 de septiembre de 2013, expte S/410/12, Ascensores -2.

³⁸ Al respecto, el índice de Herfindahl- Hirschman, varía entre 0 y 10.000, valores menores reflejan una distribución de las participaciones más equitativa, mientras que valores más altos reflejan que pocas empresas concentran mayores porcentajes de la industria, la autoridad de competencia de Estados Unidos clasifica las concentraciones de mercado de acuerdo al nivel del HHI, de la siguiente manera :

- HHI < 1.000, Mercado no concentrado.
- 1.000 < HHI < 1800, Mercado moderadamente concentrado.
- 1800 < HHI, Mercado altamente concentrado.

Fuente: Indicadores de Concentración: Una revisión del marco conceptual y la experiencia internacional, (Lima: Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, 2007), 17

³⁹Este índice significa las participaciones de mercado de las dos empresas más grandes, respectivamente. Obtenido de: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Medidas%20de%20concentracion.pdf>



C1	56%	55%	39%	28%
C2	57%	63%	56%	60%
C4	75%	80%	83%	80%
Índice de dominancia Stenbacka	0.346	0.355	0.440	0.511

Fuente: Información operadores económicos (2016 al 2020)

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

En tal virtud, esta Autoridad, concuerda con la DNICPD, que el mercado de la “comercialización de helados artesanales”, durante el período comprendido desde el año 2017 al 2020, ha permanecido con un HHI altamente concentrado.

Una vez identificada la estructura del mercado, la DNICPD consideró las características del operador económico investigado, conforme consta a continuación:

Con relación al operador económico denunciado, esta Dirección identifica que según información obtenida de la página web del Servicio de Rentas Internas, sería un operador que inició sus actividades económicas el 07 de julio de 2011, a lo cual, el operador BOGATI informó, lo siguiente:

(...) me permito mencionar que mi actividad económica de acuerdo a mi RUC inicia el 07 de julio del año 2011 arrancando mi actividad económica destinada a la VENTA AL POR MENOR DE EQUIPO DE OFICINA, ACTIVIDADES RELACIONADAS CON EL ANALISIS, DISEÑO Y PROGRAMACION DE PAGINAS WEB, **la misma que ha sido desarrollada hasta noviembre de 2019 tiempo en el cual mi actividad económica cambia e inicia BOGATI HELADOS CON QUESO.** (Énfasis añadido)

Lo referido fue verificado, en el Certificado Histórico de Actividades emitido por el Servicio de Rentas Internas, en el cual se evidencia que la actividad comercial fue la “venta de comidas y bebidas en cafeterías, incluso para llevar...”. Por lo que, se identifica que el operador Bogati estaría únicamente 2 años, en la actividad de la comercialización de helados artesanales.

De manera complementaria, la Dirección realizó el análisis de la cuota de participación del operador económico investigado en el mercado de los helados artesanales, conforme consta a continuación:

Ahora bien, respecto de la participación de BOGATI, conforme el análisis económico, se identificó que en el mercado de helados artesanales, ocupa el sexto lugar, con 1,5% en el año 2019 y el 4,6% en el año 2020. Situación que permite identificar que, no se trata de un operador relevante en este mercado.

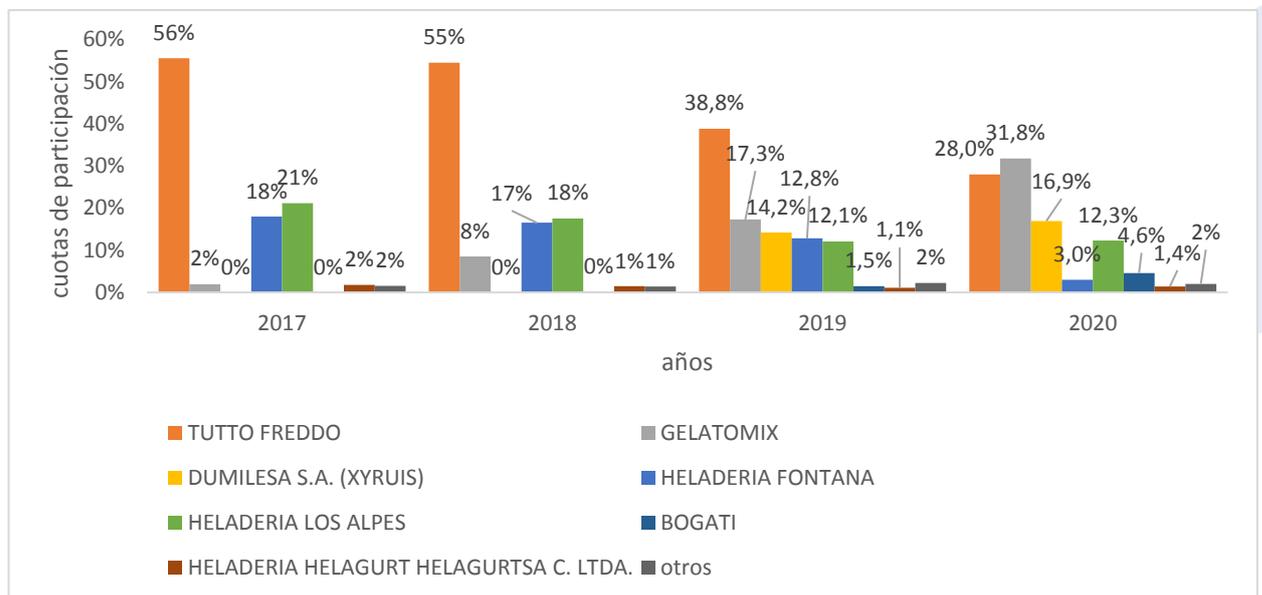
En este sentido, para la determinación de posición en el mercado relevante es importante identificar la existencia de una posición estratégica y significativa en comparación del resto de operadores económicos que intervienen en este mercado. Para lo cual, conceptualmente, de acuerdo con la Comisión Europea,⁴⁰ se define que un operador económico ostenta una posición de

⁴⁰ Office of Fair Trading (2004) Assessment of market power. Understanding of competition law. European Commission (2015) Assessing dominance. En: Antitrust procedures in abuse of dominance. Recuperado de:

dominio en un mercado relevante es necesario que tenga una cuota superior al 40% en un periodo continuo no menor a tres años; y, que las barreras de entrada sean altas que signifique costos hundidos y que no puedan ser superadas en el corto plazo.

En este sentido, al analizar la cuota de participación del operador económico investigado en el periodo de 2017-2020, considerando que el operador investigado entró al mercado en el año 2019, esta Dirección identifica 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, conforme lo siguiente:

(...) Participación de histórica del mercado relevante



Fuente: Información operadores económicos

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

En sumo, el análisis realizado por esta Dirección 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 la dinámica propia del mercado, 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.

En tal sentido, esta Intendencia coincide con la DNICPD en el sentido que, el operador económico denunciado BOGATI, durante los años 2019 y 2020 no ha mantenido cuotas de participación significativas frente a otros competidores del mercado de los helados artesanales, considerando que

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures_102_en.html [Recuperado el: 30/01/2018].

para el año 2019, tuvo una participación menor al 1% y para el 2020 menor al 4,6%, que incluso como lo evidenció la DNICPD se habría incrementado, esto respondería a la dinámica propia del mercado, como se demostró con el caso propio del 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.

Por otro lado, en cuanto al público objetivo, la DNICPD determinó:

Público objetivo:

Para este elemento, la Dirección identificó que el perfil del consumidor de los helados artesanales, conforme la información constante en el presente expediente, se caracterizaría de la siguiente manera:

(...) Perfil del consumidor

OPERADOR ECONÓMICO	PERFIL CONSUMIDOR
TUTTO FREDDO	Nuestro producto es accesible al universo del consumidor, sin importar su nivel socioeconómico por ser su bajo costo, el sexo no determina el consumo del producto. El nivel de instrucción no es aplicable para el consumo de nuestros productos, no se necesita tener conocimientos, títulos o afines para consumir un helado
HELAGURT	Nivel socioeconómico TODOS, edad todas las edades, sexo ambos, nivel de instrucción ninguna
HELARTE	Todos los niveles socioeconómicos, edad 15-40 años, Sexo M/F, instrucción secundaria/superior
HELADOS DON VICHE	Todos los niveles socioeconómicos, para todas las edades, para todos los géneros y sexos
GELATOMIX	Medio Alto/ Medio/ Medio Bajo, edad 18-45 años, sexo Hombres/Mujeres/otros, nivel de instrucción indistinto
DFRANLU	Nivel socioeconómico medio, todas las edades, sexo-todos, nivel de instrucción- todas.
BOGATI	Nivel socioeconómico Bajo, Medio, Alto, todas las edades, hombres y mujeres, indistinto nivel de instrucción

Fuente: Información operadores económicos

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

En consecuencia, conforme lo describieron las mayoría de operadores del sector, el público objetivo estaría comprendido, por un nivel socioeconómico indistinto, todas las edades, con mayor frecuencia 18-45 años, género y nivel de instrucción indistinta⁴¹.

Así también, conforme fue referido, en líneas anteriores, esta Dirección, con base en la información aportada por los operadores económicos del sector, determinó que el sabor tiene un grado de importancia alto para el consumidor, mientras que la precio un nivel medio, y la marca un nivel

⁴¹ Información proporcionada por los operadores económicos a través de cuestionarios de la DNICPD, solicitado dentro del presente expediente.



bajo; es decir, los factores más importantes serían sabor y precio, dejando, en promedio, el reconocimiento de marca por debajo de éstos elementos.

Situación que fue recogido, también, en un estudio aportado por el operador económico DFRANLU⁴², que evidencio, que para el 66% considera al sabor como un factor relevante y muy importante, además, para el 54% de las personas encuestadas, el precio de un helado artesanal tendría una importancia media, y finalmente, el 54% les interesa muy poco la marca.

Ahora bien, es importante señalar que, tanto en la conducta de engaño, denigración y comparación, se refirieren a características como: *“helados son de fruta natural, una crema perfectamente balanceada, un queso balanceado”*, tendrían relación con elementos relacionados al sabor, por lo que serían características importantes para el consumidor.

Además, frases como *“los helados de Bogati son de paila, 100% fruta, que no utilizan pulpas, ni cremas que afectan a la salud”*, más allá de analizar, entre otros, la veracidad de las mismas, evidentemente serían características que estarían relacionadas como la calidad del producto y más aún al tratarse de temas de salud, por lo que, tratarían de aspectos relevante para los clientes.

De igual forma, la DNICPD citó la interpretación prejudicial No. 01-IP-2018 de 08 de febrero de 2018, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que respecto del consumidor medio, al analizar la comparación y el grado de percepción, manifestó:

“...Criterio del consumidor medio: si estamos frente a productos y/o servicios de consumo masivo, el criterio del consumidor medio podría ser el soporte de análisis de confundibilidad. De acuerdo con las máximas de la experiencia, al consumidor medio se le presume normalmente informado y razonablemente atento, cuyo nivel de percepción es variable en relación con la categoría de bienes o productos (...)

El grado de atención del consumidor medio es un parámetro importante para el análisis de confundibilidad de signos que diferencien productos o servicios consumo masivo, bajo el entendimiento de que pueda variar o graduarse según el tipo de producto del cual se trate, pues por vía de ejemplo no se presta el mismo nivel de atención al adquirir productos cosméticos que al comprar pasa bocas para fiestas. (Énfasis añadido)

Respecto de éste punto, la DNICPD concluyó:

En consecuencia, respecto del público objetivo, por las frases utilizadas por el denunciado, si podría influir en el consumidor de helados artesanales que estaría comprendido por todos los consumidores que les guste tomar un helado, en particular, de un nivel socioeconómico indistinto, de todas las edades, con mayor frecuencia entre 18-45 años, género y nivel de instrucción indistinta, por cuanto, se tratarían de elementos importantes como el sabor y calidad del producto, más aún, cuando el consumidor únicamente acude al punto de venta, y desconoce en la mayoría de casos el proceso de elaboración del helado, el mismo estaría condicionado con la información que consta

⁴² Información remitida mediante escrito con Id. 206501, en respuesta a la pregunta 5.1 En una escala de 1 a 3 (donde el grado de importancia sería 1 poco, 2 medio, y 3 mucho), indicar cuál es el grado de importancia de los siguientes factores que influirían en la adquisición del producto helado artesanal. Del Cuestionario IV solicitado dentro del expediente.



en la publicidad o la transmitida por el oferente.

En concordancia con lo expuesto por la DNICPD, esta Intendencia identifica que, el público objetivo estaría compuesto por consumidores de nivel socio económico, género y nivel de instrucción indistinto, en un rango de edad comúnmente de 18 a 45 años, que buscan satisfacer su necesidad adquiriendo un helado artesanal con un buen sabor y calidad.

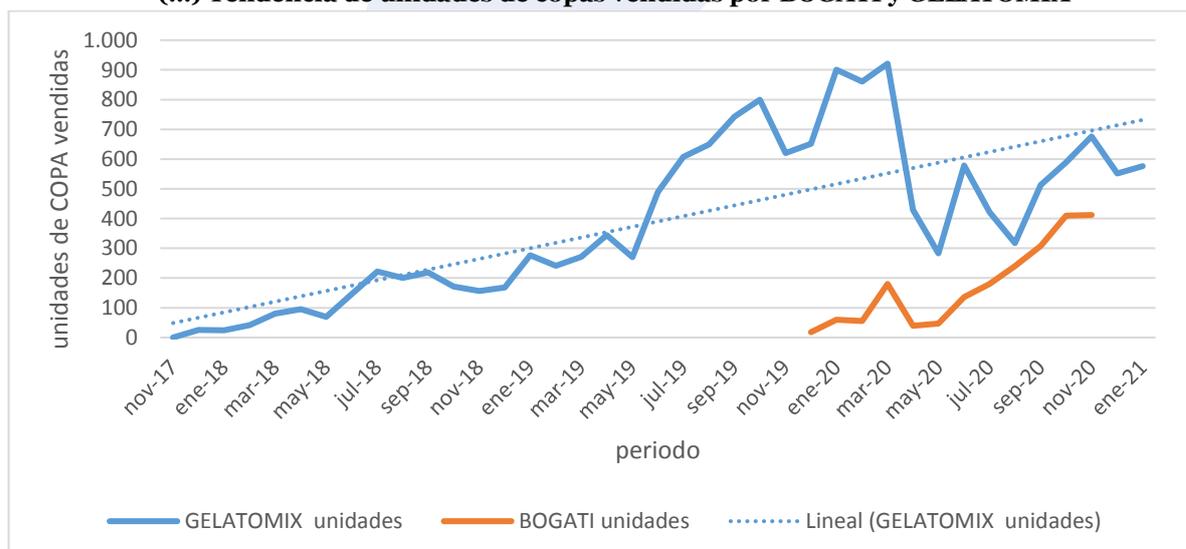
En este sentido, por cuanto, las frases utilizadas por el denunciado en su publicidad, como por ejemplo: *“los helados de Bogati son de paila, 100% fruta, que no utilizan pulpas, ni cremas que afectan a la salud”*, al estar relacionadas con el sabor y calidad del producto, tendrían un impacto relevante en la decisión del consumidor, por lo que, éste estaría condicionado a la información que se transmita por el oferente del producto.

Finalmente, en cuanto a la cuantificación de los efectos de las conductas desleales investigadas, la DNICPD determinó:

Finalmente, respecto de la cuantificación de las posibles afectaciones por las prácticas desleales, esta Dirección identificó, en primer lugar, que el operador económico BOGATI, no ha mantenido una participación significativa en el mercado relevante de helados artesanales; por el contrario, los operadores TUTTO FREDDO y GELATOMIX, han mantenido importantes participaciones, significando, en conjunto, el 56% en el año 2019, y 60% en el año 2020.

En segundo lugar, esta Dirección considera importante analizar, las tasas de crecimiento, de las unidades vendidas por parte del operador denunciado, para dicho análisis a manera de referencia se toma una presentación uniforme con el fin de que sea objeto de comparación, sin perjuicio de identificar otras presentaciones existentes en el mercado, por lo que se tomó como referencia la presentación de helado en “copa” que cumpla las mismas características, identificando lo siguiente:

(...) Tendencia de unidades de copas vendidas por BOGATI y GELATOMIX



Fuente: Información operadores económicos

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.



En este gráfico, se identifica que, el operador GELATOMIX, ha mantenido una tendencia creciente, durante el periodo, noviembre 2017 a enero 2021, sin embargo, a partir de marzo 2020, se evidencia una caída importante de (-53%) respecto del mes inmediato anterior, esto se explicaría por el estado de emergencia y confinamiento que se llevó durante la pandemia. Sin embargo, en el mes de agosto de 2020, se evidencia una tasa de crecimiento de 62%.

Ahora bien, respecto del operador BOGATI, se identifica que a partir del mes de noviembre de 2019, alcanzó ventas de aproximadamente 60 unidades “copa” al mes, lo cual significó una tasa de crecimiento de 18%, a partir del mes de marzo de 2020, se evidencia una caída de (-78%), debido a la pandemia, sin embargo, en el mes de julio de 2020, se recupera y mantiene una tasa de crecimiento promedio de 30%. La misma, que se han mantenido, conforme señaló el operador, por el aumento del número de franquicias y aumento en los puntos de venta a nivel nacional.

En este sentido, es importante resaltar que, si bien hasta la fecha no se podría cuantificar las cuotas de participación del año 2021, debido a encontrarnos en el transcurso de este año, considerando que la información estaría incompleta, esta Dirección, evidencia que desde el año 2017, 2018, 2019 y 2020 al menos hasta el mes de enero de 2021, 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, por lo que, la DNICPD identifica que no existen elementos que alerten algún efecto en este periodo.

Además, conforme la temporalidad de las conductas, estaría delimitadas desde el 9 de enero de 2021, sin identificar nuevos elementos que puedan ser considerados y evidenciar el cese de la publicidad objeto de análisis en el presente expediente, hasta el mes de marzo de 2021, por lo que, difícilmente, en 3 meses del año 2021, el comportamiento del operador denunciado, podría incidir de manera significativa en el mercado relevante determinado.

Conforme al análisis realizado, esta Intendencia concuerda con la DNICPD, que el operador económico BOGATI no contaría con una participación representativa en el mercado de los helados artesanales en los años 2019 y 2020, considerando que a partir de julio de 2020 tuvo una tasa crecimiento promedio del 30%, frente a su competidor GELATOMIX, unos de los líderes del mercado de los helados artesanales, que a partir de agosto de 2020 tuvo una tasa de crecimiento del 62%.

De igual manera, esta Autoridad considera lo referido por la DNICPD, por cuanto, si bien hasta la fecha no se podría cuantificar las cuotas de participación del año 2021, se ha demostrado que desde el año 2017, 2018, 2019 y 2020 al menos hasta el mes de enero de 2021, 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.

De manera complementaria, la DNICPD analizó la cuantificación del alcance de la publicidad, en los



siguientes términos:

(...) Cuantificación del alcance de la Publicidad

Respecto de la publicidad transmitida en la Radio Bandida, esta Dirección tiene en cuenta lo siguiente:

El denunciante, dentro de su escrito de denuncia, manifestó:

“La emisora de radio se transmite no solo a través de la frecuencia 89,7 FM de la ciudad de Ambato, también a través de su página web <https://radiobandidafm.com/> y otros medios digitales, con lo que se determina que su alcance es a nivel nacional.”

Así también, conforme el escrito de radio Bandida de 5 de febrero de 2021, con ID trámite 184271, explicó que:

“Mencionada publicidad se reflejó en los canales de cobertura de Radio Bandida FM 89,7, mismos que alcanzan a las provincias de Tungurahua y Cotopaxi. Además se transmite online por medio de la página <https://radiobandidafm.com/> las 24 horas del día...”

En complemento, respecto a su duración, la radio señaló:

“El día 9 de enero, Bogati, mediante el Sr. Marco Toledo Pérez Zamora con CI 1802374759 se firmó un contrato con Radio Bandida, en el que se especifica que se transmitirán 7 cuñas y 3 menciones diarias de lunes a viernes y 5 cuñas de bonificación por parte de la radio los días sábados hasta el 8 de marzo del 2021”

Por su parte, el operador denunciado, dentro de su escrito de explicaciones en los anexos adjuntó el contrato de publicidad entre Radio Bandida y el franquiciado de la marca BOGATI el señor Marco Toledo Pérez Zamora, en el cual dentro del contrato se indica lo siguiente: “...CUARTA.- PLAZO.- El plazo de duración del presente contrato de publicidad es de 2 mes (es), es decir inicia el 9 de enero de 2021 y termina el 8 de marzo del 2021...” (Énfasis añadido)

En este sentido, es importante señalar que la difusión de la publicidad duró menos de dos meses, y conforme consta en el reporte de tráfico de Radio Bandida, así como también el reporte del tráfico en la página web, que fue aportado como anexo al escrito con Id. 186231, tendría un alcance, únicamente a 1.500 oyentes, siendo el mismo alcance en la página web ya que tendrían la misma cobertura, a nivel nacional.

Ahora bien, respecto de la publicación en la red social Facebook y página web, relacionada al DEBATE y referencia de “ChelatoMesk”, mediante escrito y anexos de 11 de marzo de 2021, con ID 187885, el operador económico Santiago Castro, señaló:

Conforme se desprende del certificado que adjunto al presente escrito, el señor Andrés Patricio Suárez Núñez maneja con absoluta autonomía las redes sociales de la marca Bogati correspondientes al local franquiciado en Ambato, del que el señor Marco Tadeo Pérez Zamora es titular. Dicho certificado señala, además, que dentro de la absoluta autonomía con la que el señor Suárez maneja las redes sociales de Bogati, elaboró un video parodiando el debate presidencial donde, en sus palabras, “sale la marca registrada en la SENADI



“Bogati” y un nombre genérico Chelato Mesk (sic).

Dicho video, al que su autoridad se refiere, **en efecto estuvo cargado en las redes sociales de Bogati desde el 31 de enero de 2021 a las 13h00 hasta el 1 de febrero de 2021 a las 18h00, es decir, un poco más de 24 horas al aire.** Como es de esperarse, dicho video no tuvo mayor alcance por el poco tiempo que estuvo cargado y cuyos registros de audiencia no ha sido posible obtener por cuanto el video fue eliminado.

En este sentido, se evidencia que el video referido por el denunciante, únicamente habría estado un día y dos horas al aire, y el mismo fue retirado conforme consta en el escrito con Id. 205924, de la publicidad analizada, no se evidencia ningún otro elemento que sea objeto de análisis en el presente informe.

En consecuencia, el alcance de la campaña analizada, únicamente duró dos meses, por lo cual, su alcance estaría limitado a esa temporalidad. Es importante señalar que, conforme fue determinado, en el marco temporal del presente informe, con base a las respuestas de la radio, la declaración juramentada y la verificación de redes sociales, esta Dirección no ha identificado elementos publicitarios adicionales o que se hayan vuelto a transmitir las publicidades denunciadas, en conclusión, los elementos publicitarios analizados no tuvieron el alcance suficiente para generar un efecto en el mercado relevante determinado en el presente expediente.

Por el análisis realizado por la DNICPD, y referido anteriormente, esta Autoridad concuerda con la DNICPD, respecto de que la publicidad relacionada con las conductas denunciadas en el presente expediente no habrían tenido un alcance suficiente para generar un efecto directo en el mercado relevante determinado, de tal manera que únicamente habría estado un día al aire y a la fecha habría sido retirado, así como del reporte de frecuencia, se identificó un alcance, únicamente a 1.500 oyentes.

En conclusión, respecto del falseamiento del régimen de competencia, la DNICPD manifestó:

(...) Conclusión del falseamiento del régimen de competencia

Por lo tanto, con relación al análisis del falseamiento de la competencia basado en el estudio de la naturaleza de la conducta, público afectado, así como a la cuantificación de la afectación generada por la práctica desleal, la DNICPD concluye que, de acuerdo a la estructura de mercado, el análisis de cuotas de participación e incidencia del operador económico investigado, difícilmente, un operador con las características del denunciado podría falsear el régimen de competencia.

En relación a la influencia del público objetivo, esta Dirección, identificó que los elementos utilizados en la publicidad analizada en el presente expediente, mantienen relación con características importantes para el consumidor, como lo son; el sabor y calidad. En este sentido, entre otros, al no ser veraces sí que podrían direccionar la compra con otros productos.

Sin embargo, del análisis de la cuantificación de los posibles efectos de las conductas denunciadas, esta Dirección evidencia, que BOGATI al representar menos del 1% en el año 2019 y menos del 4,6% en el año 2020, mantener tasas de crecimientos y decrecimientos acorde al funcionamiento del mercado y ubicarse en el sexto lugar frente a sus competidores, no mantiene incidencia en el mercado relevante determinado. Menos aún, al cuantificar el alcance de la publicidad relacionado con los hechos denunciados, debido a que su duración fue menos de dos meses, y que los mismos



fueron retirados, y no se han identificado nuevos elementos que deban hacer analizados, esta Dirección concluye que el operador SANTIAGO RENE CASTRO NÚÑEZ, titular del nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO, no puede falsear el régimen de competencia de conformidad con el artículo 26 de la LORCPM.

Con base en los lineamientos desarrollados por la Dirección, esta Intendencia, en virtud del mercado relevante determinado, considera que el operador económico investigado, no tendría la capacidad suficiente para falsear el régimen de competencia dentro de este mercado relevante, lo indicado con sustento en lo dispuesto en los artículos 5 y 26 de la LORCPM.⁴³

SEXTO.- ANÁLISIS JURÍDICO

A efectos de realizar el análisis jurídico sobre el fondo de la investigación, esta Intendencia considera necesario resumir las argumentaciones de las partes procesales, la resolución de inicio de investigación, así como el criterio de la DNICPD, recogido en su Informe de Resultados, a fin de analizar estos elementos y esbozar la argumentación que permita resolver conforme a derecho.

6.1. Denuncia presentada por Fabián Marcelo Quinteros Vaca, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX

En particular, el denunciante indicó que es titular del registro del signo **GELATOMIX MÁS LOGOTIPO**, para la protección de la clase internacional No. 43, de conformidad con la resolución No. IEPI_2018_RS_2475, otorgada por la autoridad de propiedad intelectual que a la fecha de expedición del registro estaba a cargo del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, actualmente Servicio Nacional de Derechos Intelectuales - SENADI.

En adición, el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, mediante resolución No. SENADI_2019-RS-11628, habría otorgado la titularidad del registro del signo Gelatomix, a favor de Fabián Marcelo Quinteros Vaca, para los productos de la clase internacional No. 30.

También argumentó que:

Mediante documento N° SENADI_2019_TI_7220 se otorga título que acredita el registro, en el que consta lo siguiente: “PRODUCTOS O SERVICIOS QUE PROTEGE: Creps (filloas), helados cremosos, pan, pastelería y repostería (adornos comestibles para productos de), pastelería y repostería (masa para productos de), pasteles, tortas [pasteles], yogur helado [helado cremoso]. Clase Internacional 30”.

Por otra parte, señaló que de conformidad con la información constante en su RUC, inició sus actividades económicas bajo el nombre de GELATOMIX a partir del 17 de febrero de 2016. Añadió que desde esa fecha se ha dedicado, en lo principal, a la elaboración, producción y comercialización

⁴³ En concordancia con el artículo 80 de la LORCPM.



de helados, específicamente artesanales, acompañados con crema y queso. En adición, precisó que:

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

Explicó también que, en la actualidad “GELATOMIX cuenta con 20 locales en la ciudad de Quito, 1 en Ambato, 1 en Latacunga y 2 en Santo Domingo de los Tsáchilas”.

De acuerdo con el denunciante, GelatoMix® y Bogati son competidores directos, toda vez que ambos se dedicarían a: “... la producción y venta de helados artesanales, especialmente, acompañados con crema y queso”. GelatoMix® se encontraría en el mercado desde 2016, en tanto que el denunciado lo estaría desde 2017.

En cuanto a los hechos objeto de denuncia, señaló que:

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

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

H) ¿Hola Mica, a dónde vas?

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

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

M) Pero siempre vamos para allá pues.

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

M) A ver, ¿y qué diferencia hay?

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

Bogati Av. Cevallos y Maldonado, junto a la FORNASE Y Samba, Av. Pedro Vásquez e Indoamérica, diagonal al American Pollo. Bogati”.

Al respecto, esta emisora de radio se transmitiría no solo a través de la frecuencia 89.7 FM, de la ciudad de Ambato, sino también a través de su página web <https://www.radiobandidafm.com/> y otros medios digitales, con lo que se determinaría que su alcance es a nivel nacional. Añadió que esta transmisión se habría efectuado varias veces, los días 11, 14 y 15 de enero de 2021 en distintos programas radiales.



De acuerdo con el denunciante, estos hechos se subsumirían en las prácticas desleales de engaño, denigración y comparación, tipificadas en los artículos 27, números 2, 4, letra a) y 5, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), por los siguientes argumentos.

En relación con las conductas de engaño, el denunciante precisó que:

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

En adición mencionó que BOGATI habría cometido estas conductas:

“... al emitir y difundir datos falsos respecto al modo de fabricación de sus principales productos, esto son, sus helados acompañados con crema y queso. Esta situación induce a error sobre los atributos de los mismos afectando a la eficiencia económica, el comercio justo y el bienestar general, así como, los derechos de los consumidores, presupuesto que se ajusta a la cláusula general prohibitiva contenida en el artículo 26 de la LORCPM.

De acuerdo con la publicidad, el denunciado elaboraría helados de paila artesanal con pura fruta. En este mismo sentido en su página web se lee textualmente: “En Bogati elaboramos helados de paila artesanalmente con pura fruta, acompañados con el mejor queso y crema”.

A criterio del denunciante:

Existe engaño en su publicidad – tanto en la cuña publicitaria y en sus redes sociales – respecto al modo de fabricación de los productos del denunciado, ya que la técnica utilizada es la artesanal más no la técnica a paila, generando error en el producto. Este hecho distorsiona la competencia. [...] Al momento de mencionar que son helados de paila, el hoy denunciado está llamando la atención del consumidor a través de un hecho falso, lo cual produce un deseo viciado en adquirir un producto.

El comportamiento del denunciado vulnera el principio de veracidad, que obliga al oferente a decir la verdad en toda actividad publicitaria...

Por otra parte, en respecto de los supuestos **actos de denigración** el denunciante afirmó:

... En la cuña publicitaria que continúa siendo emitida en la frecuencia 89,7 FM y en varias páginas de la web, pone en duda la manera de cómo se elaboran los productos de GelatoMix, al afirmar: esos helados son raros, hechos con máquinas, saborizantes”. Se trata de una aseveración incorrecta y falsa, que tiene por objeto y efecto, real o potencial, menoscabar el crédito en el mercado del afectado.

Usar peyorativos como el término “raros”, determina que el denunciado, utiliza una expresión de descrédito que no puede comprobarse, por cuanto se aleja del campo de la objetividad. Al no contener una expresión fidedigna, verídica y confiable, y que no puede ser comprobada, se está frente a un acto desleal de denigración que debe ser sancionado.



Respecto a que los productos de GelatoMix son “hechos con máquinas, saborizantes” se trata de una aseveración incorrecta y falsa. GelatoMix se ha posicionado en el mercado por ofrecer helados de calidad, acompañados con queso y crema, elaborados artesanalmente (la base sigue siendo la misma de los helados de paila). Si bien es cierto, el denunciado podrá alegar “exceptio veritatis” o defensa de ser efectivas las aseveraciones de descrédito efectuadas, tal argumento desde ya anticipo, carecerá de sustento por cuanto conozco el origen de mis productos.

El denunciante (sic, quizá por denunciado) jamás podría demostrar sus aseveraciones constantes en la cuña publicitaria ya que son totalmente falsas.

Finalmente, sobre de los **actos de comparación**, el denunciante precisó:

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

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

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

Finalizó argumentando que:

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

6.2. Nuevos hechos puestos en conocimiento de la Intendencia por parte del denunciante Fabián Marcelo Quinteros Vaca, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX

Mediante escrito de 4 de febrero de 2021, las 11h49, con ID 184124, GELATOMIX puso en conocimiento de esta Autoridad nuevos hechos, que en su criterio constituyen y reforzarían conductas desleales denunciadas.

Precisó que el 31 de enero de 2021, BOGATI habría publicado en su página de la red social Facebook “Bogati Helados con Queso”, un video de publicidad en el que se haría mención directa a GELATOMIX.

En este video se habría realizado la siguiente afirmación: “Actor 2 (Bogati) – Nuestros helados son de



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

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

En adición señaló que: “... en el video se hace referencia implícita al logo y tipografía de marca ‘GELATOMIX®”.

En el video enviado por GELATOMIX aparece la siguiente imagen:



El signo utilizado por el denunciante es el siguiente:

GelatoMix®
Helados con Queso

Con base en estos hechos, GELATOMIX afirmó:

[...] El denunciado se encuentra realizando una campaña de descrédito, lo que afecta claramente la imagen de la marca GELATOMIX®, incluso lo hace con expresiones denigratorias, sarcásticas, de mofa que resultan innecesarias para un proceso competitivo. [...]

Este nuevo video (en todo su contexto) perjudica el prestigio y la reputación del agente económico denunciante. A pesar de que la jurisprudencia internacional y el derecho comparativo indican que no se requiere la existencia de dolo o intencionalidad para que se configura una práctica desleal, en este caso, el titular del nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO y de la marca BOGATI está actuando bajo tales circunstancias, lo cual agrava la conducta denunciada. [...]

b) De acuerdo con el video, se realiza una confrontación (en simulación de un debate) de los productos de los competidores directos: Gelatomix® y Bogati. En el video se indica:



Actor 2 (Bogati)

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

Este acto de comparación hace entender y deducir que los helados elaborados por Gelatomix® son todo lo contrario, es más, que hacen daño y, detrás del actor 3 (ChelatoMesk), se muestra un rótulo con la frase “Helados Artificiales”. Gelatomix® se ha posicionado en el mercado por ofrecer helados de calidad, acompañados con queso y crema, elaborados artesanalmente (la base sigue siendo la misma de los helados de paila).

c) El operador económico denunciado sigue incurriendo en prácticas de engaño, al emitir y difundir datos falsos respecto al modo de fabricación de sus principales productos, estos son, sus helados acompañados con crema y queso. De acuerdo con el video, el denunciado elabora helados de paila con 100% fruta, con crema que no afecta a la salud y queso que no tiene grasa. Tales características podrían ser relevantes e importantes para el consumidor al momento de tomar una decisión. [...]

Bogati deberá justificar que sus helados son elaborados en paila, que su queso no tiene grasa, y que son productos con 100% fruta (veamos como justifica que su helado sabor CHICLE, su helado sabor QUESO, su helado sabor CHOCOLATE, su helado sabor GALLETA, su helado sabor CAFÉ, son fruta natural). En relación a que su crema no afecta a la salud, se trata de una afirmación ambigua, sin criterio de objetividad.

d) [...] Este nuevo video se transmite en su página de Facebook con lo que se determina que su alcance es a nivel nacional. Además, su página está disponible para todo público.

Con base en estos antecedentes solicitó nuevamente a la SCPM que “... se adopten las medidas preventivas requeridas inicialmente”.

En adición, indicó:

“5.- Este video ya ha sido denunciado a Facebook por varias personas que saben de la calidad y trayectoria de Gelatomix®, por lo que es posible que lo retiren de circulación. Sin embargo y de considerarlo usted pertinente, a pedido de su autoridad, Facebook podrá certificar de su existencia y pormenores”.

6.3. Resolución de inicio de la investigación

El análisis plasmado en la resolución de inicio de investigación de 25 de marzo de 2021, con ID 189174, desarrolla los siguientes problemas jurídicos:

PJ1: ¿Existe ilegitimidad de sujeto pasivo, al haberse formulado la denuncia en contra del operador económico SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ, titular del nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO y de la marca BOGATI, con Registro Único de Contribuyentes, No. 1804093787001?

PJ2: ¿Existen indicios sobre el cometimiento de las prácticas desleales denunciadas por GELATOMIX en contra de BOGATI?



PJ3: ¿Existen indicios sobre el falseamiento de la eficiencia económica por parte de BOGATI?

Sobre el primer planteamiento, denominado: “PJ1: ¿Existe ilegitimidad de sujeto pasivo, al haberse formulado la denuncia en contra del operador económico SANTIAGO RENE CASTRO NÚÑEZ, titular del nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO y de la marca BOGATI, con Registro Único de Contribuyentes, No. 1804093787001?”, la Intendencia consideró que, dada la fase en la que se encuentra el procedimiento, no existían los elementos suficientes para dilucidar sobre la naturaleza jurídica del contrato de franquicia suscrito entre Santiago Castro, en su calidad de titular de la marca BOGATI y el señor Marco Toledo Pérez Zamora, franquiciado quien ejerce su actividad económica en Ambato, así como de los grados de responsabilidad derivados del mismo, de conformidad con las peculiaridades del caso en concreto.

Bajo este orden de ideas, la Intendencia dejó sentado en su resolución la necesidad de indagar, en una etapa de investigación, sobre la naturaleza de dicho contrato y los grados de responsabilidad del franquiciante y los franquiciados, entorno a los hechos denunciados por GELATOMIX. En este sentido, corresponde a esta fase resolver el problema jurídico planteado.

En adición, la Intendencia formuló el segundo problema jurídico, bajo el siguiente esquema: “PJ2: ¿Existen indicios sobre el cometimiento de las prácticas desleales denunciadas por GELATOMIX en contra de BOGATI?”.

En relación con esta línea de investigación, la Intendencia analizó lo atinente a las conductas de engaño, denigración y comparación, señalando que existen indicios sobre el cometimiento de dichas conductas, los cuales deberían haberse conformado o rechazado en la etapa de investigación.

Finalmente, la Intendencia estableció un tercer problema jurídico, esbozando lo siguiente: PJ3: ¿Existen indicios sobre el falseamiento de la eficiencia económica por parte de BOGATI?

Al respecto, concluyó que:

En tal sentido, a fin de precisar la incidencia que mantendrían tanto el denunciante como el denunciado dentro del mercado, es indispensable contar con la información económica de todos los actores del sector, a fin de que, en el momento procesal oportuno dentro de la investigación, se realice las pruebas correspondientes de sustitución de la demanda y oferta, y determinar si existen o no indicios respecto del falseamiento al régimen de competencia conforme las presuntas conductas denunciadas. Así también, si producto de las conductas desleales denunciadas, el denunciado podría falsear el régimen de competencia en este mercado, conforme los criterios establecidos en el artículo 26 de la LORCPM.

6.4. De las diligencias de inspección

En esta investigación se realizaron diligencias de inspección a los operadores económicos: i) Fabián Marcelo Vaca Quinteros, titular de la marca Gelatomix, ii) Franklin Hermoza, titular de la marca D´Franlu, y proveedor para Bogati, iii) Santiago René Castro, titular de la marca Bogati, y iv) Erika Sánchez, franquiciada de la marca Bogati, en la ciudad de Guayaquil, sector La Garzota.



Cabe precisar que, mediante escrito de 11 de marzo de 2021, con ID 187885, BOGATI indicó que a “Bogati le proveen los helados la empresa Dfranlu del señor Franklin Hermosa con RUC: 1002161063001”, por lo que, al no tener una planta de producción propia, la Intendencia ordenó que la inspección se realice en la planta de su proveedor, conforme se desprende del acápite 7.2.

En relación con las inspecciones ordenadas en la ciudad de Guayaquil, a los locales de Bogati, se consideró realizar diligencias aleatorias en diferentes sectores de la ciudad, considerando locales del sur, centro y norte, incluyendo a un franquiciado, a fin de determinar la forma en que se comercializan los productos, encontrando que existe uniformidad en los locales que fueron objeto de inspección, en cuanto al tipo de publicidad, productos, precios, cuñas publicitarias, diseño de interior del establecimiento, entre otros.

En este orden de ideas, a continuación se describe brevemente cada una de estas diligencias.

6.4.1. Inspección a Gelatomix

Mediante la providencia de 12 de julio de 2021, esta Intendencia ordenó:

1.11.1. Realizar la diligencia de inspección procesal sin notificación previa en las instalaciones del operador económico Fabián Marcelo Quinteros Vaca, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX, ubicadas en la calle Mariano Hurtado N52-34 y Antonio Román, parroquia Cochapamba de esta ciudad y cantón de Quito, provincia de Pichincha, el día martes 13 de julio de 2021, a partir de las 10h00, hasta la hora que sea necesaria para llevar a cabo la diligencia.

En este sentido, en el expediente consta el acta y grabación de la inspección llevada a cabo con la autorización del operador económico inspeccionado, en las instalaciones del operador económico Fabián Marcelo Quinteros Vaca, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX, ubicadas en Mariano Hurtado N5234 y Antonio Román, parroquia Cochapamba de esta ciudad de Quito, el día 13 de julio de 2021, las 09h55, que consta en este expediente con ID 201607.

De dicha diligencia se obtuvo grabaciones en audio y video del proceso de fabricación de helados, así como de los ingredientes e insumos utilizados, lo cual es tomado en cuenta en el análisis de este informe, tanto en la parte jurídica como económica.

Al respecto, también consta en el expediente el Informe de la Inspección a Fabián Marcelo Quinteros Vaca, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, el día 11 de agosto de 2021, con ID 203839, que señala lo siguiente:

En la inspección se procedió a verificar el procedimiento de la fabricación de los productos de Fabián Marcelo Quinteros Vaca, verificando que el operador económico utiliza [REDACTED]

El equipo de inspección verificó que el operador económico utiliza pulpa de fruta en sus helados que son a base de fruta, sin perjuicio de la utilización de ciertos componentes que sirven para



estabilizar el producto y que no se derrita al servirlo.

También se verificó la utilización de máquinas batidoras de helado para la fabricación de los productos.

Se constató la existencia de una pasta de frutas cuyo componente es la fruta 100% natural y un porcentaje, a decir del operador económico, ínfimo [REDACTED]. El inspeccionado precisó que este ingrediente es utilizado en los helados de base láctea.

Se identificó también que en uno de sus sabores de fruta se utiliza una [REDACTED] pero el operador económico inspeccionado resaltó que se utiliza en una cantidad mínima.

Finalmente, se evidenció la existencia de ingredientes como queso y crema de leche, mismos que, a decir del inspeccionado, no se caracterizan por tener mayor o menor cantidad de grasa frente al resto de productos que se encuentran en el mercado.

Todo el procedimiento, así como las evidencias recopiladas constan en la grabación de audio y video de la diligencia de inspección...

6.4.2. Inspección a D´Franlu

Mediante la providencia de 13 de julio de 2021, la Intendencia dispuso:

1.11.1. Realizar la diligencia de inspección procesal sin notificación previa en las instalaciones del operador económico Franklin Marcelo Hermoza Enríquez, con cédula de ciudadanía 1002161063, titular del nombre comercial Heladería y Cafetería D´ Franlu, ubicadas en la calle Hernan Gonzales de Saa, y calle sin nombre de la ciudad de Ibarra, provincia de Imbabura, el día martes 14 de julio de 2021, a partir de las 10h30, hasta la hora que sea necesaria para llevar a cabo la diligencia.

En el expediente consta también el acta y grabación de la inspección llevada a cabo con la autorización del inspeccionado, en la planta de producción del operador económico con nombre comercial Heladería y Cafetería D´ Franlu, sobre la calle Hernán Gonzales de Saa, y calle sin nombre de la ciudad de Ibarra, provincia de Imbabura, el día 14 de julio de 2021, las 11h24, que consta en este expediente con ID 201725.

De dicha diligencia el equipo de inspección obtuvo grabaciones en audio y video del proceso de fabricación de helados, así como de los ingredientes e insumos utilizados, lo cual es tomado en cuenta en el análisis de este informe, tanto en la parte jurídica como económica.

Respecto de esta diligencia, en el expediente se evidencia el Informe de la Inspección a Franklin Marcelo Hermoza Enríquez, titular del nombre comercial Heladería y Cafetería D'Franlu con RUC 1002161063001, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, el día 11 de agosto de 2021, con ID 203840, el cual señala:

En la inspección se procedió a verificar el procedimiento de la fabricación de los productos del operador económico Franklin Marcelo Hermoza Enríquez, evidenciando que éste utiliza fruta natural en el proceso de elaboración (sic) de los helados, la cual es recolectada, despulpada y procesada.



Los helados de fruta son elaborados en pailas de bronce por los operarios del establecimiento, contando con dos líneas de producción, además utilizan cucharas de palo, que a criterio de la encargada, esto garantizaría la consistencia del helado, y una vez que está listo el producto es envasado para su distribución a los diferentes locales propios y de clientes que le compran.

Cabe señalar que el equipo de inspección no evidenció que se añadan insumos diferentes a la fruta y el azúcar, salvo en los sabores artificiales como chicle o ron pasas. En adición, la Mgs. en Química precisó que en los helados de base láctea en los sabores de durazno y coco utilizan esencias para fortalecer (sic) el sabor.

Finalmente, se evidenció la existencia de ingredientes como queso y crema de leche comunes, mismos que, a decir del inspeccionado, no se caracterizan por tener mayor o menor cantidad de grasa frente al resto de productos que se encuentran en el mercado y que son adquiridos (sic) de diferentes proveedores.

Todo el procedimiento, así como las evidencias recopiladas constan en la grabación de audio y video de la diligencia de inspección...

6.4.3. Inspección a Bogati – Guayaquil, sector Hotel Oro Verde

Mediante la providencia de 15 de julio de 2021, con ID 201506, la Intendencia en lo principal dispuso:

2.11.1. Realizar la diligencia de inspección procesal sin notificación previa en el punto de venta del operador económico Santiago Castro titular del nombre comercial Bogati, ubicadas en la Av. 9 de octubre y Av. del ejército frente al Hotel Oro Verde, de la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas, el día 15 de julio de 2021, a partir de las 12h00 hasta las hora que sea necesaria para llevar a cabo la diligencia.

Respecto de esta diligencia existe un acta y grabación de la inspección llevada a cabo con la autorización del inspeccionado, en el local comercial BOGATI CENTRO, ubicada en Av. 9 de Octubre y Av. Del Ejército, frente al Hotel Oro Verde, de la ciudad de Guayaquil, providencia del Guayas, el día 15 de julio de 2021, las 13h20, que consta en este expediente con ID 201633.

En este sentido, también el Informe de la Inspección al operador económico con nombre comercial BOGATI, ubicado en Av. 9 de Octubre y Av. Del Ejército, Hotel Oro Verde, de la ciudad de Guayaquil, provincia de Guayas, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, el día 11 de agosto de 2021, con ID 203842, en donde se lee lo siguiente:

En la inspección se procedió a verificar la publicidad transmitida por el opeador (sic) económico a través de audio y/o video. Para dicho efecto, se realizó la grabación de un extracto de cada una las cuñas publicitarias que se guarda en los dispositivos electrónicos como equipos de sonido o televisiones ubicados en el local para ser transmitidas a los consumidores.

Al respecto, el equipo de inspección no verificó, de las cuñas publicitarias que se transmitían en el local comercial, la existencia de algún mensaje o imagen publicitaria que merezca la atención de la Intendencia por considerarse desleal, sin perjuicio de que se requiera al operador económico los videos completos para una evaluación más precisa.



En cuanto a la materia prima utilizada, se verificó que el operador económico únicamente coloca el helado que le es proveído, según la versión de los empleados, del franquiciante BOGATI. En adición, se verificó la existencia de ingredientes como queso y crema de leche, mismos que, a decir del inspeccionado, no se caracterizan por tener mayor o menor cantidad de grasa frente al resto de productos que se encuentran en el mercado.

Todo el procedimiento, así como las evidencias recopiladas constan en la grabación de audio y video de la diligencia de inspección...

6.4.4. Inspección a Bogati – Guayaquil, sector Plaza San Francisco

Mediante la providencia de 15 de julio de 2021, con ID 201509 la Intendencia ordenó:

1.11.1 Realizar la diligencia de inspección procesal sin notificación previa en el punto de venta del operador económico Santiago Castro titular del nombre comercial Bogati, ubicadas en Av. 9 de Octubre y Gral. Cordova, frente a la Plaza San Francisco, de la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas, el día 15 de julio de 2021, a partir de las 12h00 hasta las hora que sea necesaria para llevar a cabo la diligencia.

En este sentido, se evidencia el acta y grabación de la inspección llevada a cabo con la autorización del inspeccionado, en el local comercial BOGATI PLAZA SAN FRANCISCO, ubicado en Av. 9 de Octubre y General Córdova, frente a la Plaza San Francisco, Guayaquil, Guayas, el día 15 de julio de 2021, las 14h41, que consta en este expediente con ID 201712.

Sobre esta diligencia también consta el Informe de la Inspección al operador económico con nombre comercial BOGATI, ubicado en Av. 9 de Octubre y General Córdova, Plaza San Francisco, de la ciudad de Guayaquil, provincia de Guayas, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, el día 11 de agosto de 2021, con ID 203852, del cual se lee:

En la inspección se procedió a verificar la publicidad transmitida por el operador económico a través de audio y/o video. Para dicho efecto, se realizó la grabación de un extracto de cada una de las cuñas publicitarias que se guarda en los dispositivos electrónicos como equipos de sonido o televisiones ubicados en el local para ser transmitidas a los consumidores.

Al respecto, el equipo de inspección no verificó, de las cuñas publicitarias que se transmitían en el local comercial, la existencia de algún mensaje o imagen publicitaria que merezca la atención de la Intendencia por considerarse desleal, sin perjuicio de que se requiera al operador económico los videos completos para una evaluación más precisa.

En cuanto a la materia prima utilizada, se verificó que el operador económico únicamente coloca el helado que le es proveído, según la versión de los empleados, del franquiciante BOGATI. En adición, se verificó la existencia de ingredientes como queso y crema de leche, mismos que, a decir del inspeccionado, no se caracterizan por tener mayor o menor cantidad de grasa frente al resto de productos que se encuentran en el mercado.

Todo el procedimiento, así como las evidencias recopiladas constan en la grabación de audio y video de la diligencia de inspección...



6.4.5. Inspección a Bogati – Guayaquil, sector La Garzota

Mediante la providencia de 15 de julio de 2021, con ID 201510, la Intendencia en lo principal dictaminó:

1.11.1. Realizar la diligencia de inspección procesal sin notificación previa en el punto de venta del operador económico Santiago Castro titular del nombre comercial Bogati, ubicadas en la Av. Víctor Emilio Estrada y Jiguas junto a Estuardo Sánchez, de la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas, el día 15 de julio de 2021, a partir de las 12h00 hasta las hora que sea necesaria para llevar a cabo la diligencia.

En este sentido, se desprende el acta y grabación de la inspección llevada a cabo con la autorización del inspeccionado, en el local comercial BOGATI LA GARZOTA, ubicado en Av. 9 de Octubre y General Córdova, frente a la Plaza San Francisco, Guayaquil, Guayas, el día 15 de julio de 2021, las 15h35, que consta en este expediente con ID 201717.

Asimismo se evidencia el Informe de la Inspección al Operador económico Sánchez Núñez Erika Yadira, con RUC 1803984986001 con nombre comercial BOGATI, franquiciado de dicha marca, ubicado en Av. Agustín Freire y Eloy Vásquez Cevallos, de la ciudad de Guayaquil, provincia de Guayas, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, el día 11 de agosto de 2021, con ID 203853, del cual se desprende:

Con la autorización expresa del operador económico, se procedió a verificar la publicidad transmitida por el operador (sic) económico a través de audio y/o video. Para dicho efecto, se realizó la grabación de un extracto de cada una de las cuñas publicitarias que se guarda en los dispositivos electrónicos como equipos de sonido o televisiones ubicados en el local para ser transmitidas a los consumidores.

Al respecto, el equipo de inspección no verificó, de las cuñas publicitarias que se transmitían en el local comercial, la existencia de algún mensaje o imagen publicitaria que merezca la atención de la Intendencia por considerarse desleal, sin perjuicio de que se requiera al operador económico los videos completos para una evaluación más precisa.

En cuanto a la materia prima utilizada, se verificó que el operador económico únicamente coloca el helado que le es proveído, según la versión de los empleados, del franquiciante BOGATI. En adición, se verificó la existencia de ingredientes como queso y crema de leche, mismos que, a decir del inspeccionado, no se caracterizan por tener mayor o menor cantidad de grasa frente al resto de productos que se encuentran en el mercado.

Todo el procedimiento, así como las evidencias recopiladas constan en la grabación de audio y video de la diligencia de inspección.

En adición, según consta en el audio y video, el administrador del local se habría referido a la política de manejo de la publicidad por parte del franquiciante.

6.4.6. Inspección a Bogati – Guayaquil, sector Urdesa



Mediante la providencia de 15 de julio de 2021, con ID 201511 la Intendencia en lo principal dispuso:

1.11.1. Realizar la diligencia de inspección procesal sin notificación previa en el punto de venta del operador económico Santiago Castro titular del nombre comercial Bogati, ubicadas en la Av. Agustín Freire y Eloy Vázquez Cevallos, junto a Stand Up Comedy “Shumare”, de la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas, el día 15 de julio de 2021, a partir de las 12h00 hasta las hora que sea necesaria para llevar a cabo la diligencia.

Respecto de la misma se desprende el acta y grabación de la inspección llevada a cabo con la autorización del inspeccionado, en el local comercial BOGATI URDESA, ubicado en Av. Víctor Emilio Estrada y Jiguas, Junto a Estuardo Sánchez, Guayaquil, Guayas, el día 15 de julio de 2021, las 16h22, que consta en este expediente con ID 201718.

De igual forma, existe el Informe de la Inspección al operador económico con nombre comercial BOGATI, ubicado en Av. Víctor Emilio Estrada y Jiguas, junto a Estuardo Sánchez, de la ciudad de Guayaquil, provincia Guayas, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, el día 11 de agosto de 2021, con ID 203854, en donde consta:

Con la autorización expresa del operador económico, se procedió a verificar la publicidad transmitida por el operador económico a través de audio y/o video. Para dicho efecto, se realizó la grabación de un extracto de cada una de las cuñas publicitarias que se guarda en los dispositivos electrónicos como equipos de sonido o televisiones ubicados en el local para ser transmitidas a los consumidores.

Al respecto, el equipo de inspección no verificó, de las cuñas publicitarias que se transmitían en el local comercial, la existencia de algún mensaje o imagen publicitaria que merezca la atención de la Intendencia por considerarse desleal, sin perjuicio de que se requiera al operador económico los videos completos para una evaluación más precisa.

En cuanto a la materia prima utilizada, se verificó que el operador económico únicamente coloca el helado que le es proveído, según la versión de los empleados, del franquiciante BOGATI. En adición, se verificó la existencia de ingredientes como queso y crema de leche, mismos que, a decir del inspeccionado, no se caracterizan por tener mayor o menor cantidad de grasa frente al resto de productos que se encuentran en el mercado.

Todo el procedimiento, así como las evidencias recopiladas constan en la grabación de audio y video de la diligencia de inspección.

6.5. Sobre la supuesta falta de acreditación de la legitimidad pasiva

El problema jurídico que se planteó esta Intendencia, en la resolución de inicio de investigación respecto de este punto, es el siguiente:

PJ1: ¿Existe ilegitimidad de sujeto pasivo, al haberse formulado la denuncia en contra del operador económico SANTIAGO RENE CASTRO NÚÑEZ, titular del nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO y de la marca BOGATI, con Registro Único de Contribuyentes, No. 1804093787001?



Al respecto, esta Intendencia, señaló lo siguiente:

Los hechos objeto de denuncia por parte de GELATOMIX, se refirieron a una cuña

... dentro de las facultades del contrato de marketing y manejo de redes sociales, realicé un video “parodiando” el debate presidencial donde sale la marca registrada en la SENADI “Bogati” y un nombre genérico, de fantasía sin registro de propiedad intelectual alguno Chelato Mesk; dicho video estuvo publicado en Facebook **del 31 de enero del 2021 desde aproximadamente las 13:00 al 1 de febrero de 2021 hasta aproximadamente las 18:00.**

El video fue eliminado de la red social por llamada del propietario y titular de la marca y nombre comercial Bogati, el Sr. Santiago Castro.

Cabe recalcar, según el contrato firmado tengo autonomía para generar el contenido que crea necesario y su publicación sin necesidad de contar con la aprobación del propietario.

Esta Intendencia ha debido resolver, en primer lugar este problema jurídico (PJ1), dado que de corroborarse este argumento señalado por el denunciado, podría volver inútil el análisis de las conductas investigadas, en la medida que los hechos en el presente caso no puedan ser imputados a SANTIAGO RENE CASTRO NÚÑEZ, por deslindarse de los actos de sus franquiciados, y de hecho así lo consideró la Dirección en su informe de resultados.

En adición, la Dirección señaló:

En efecto, en el presente caso, Santiago Castro, en su calidad de titular de la marca BOGATI, compareció ante la Intendencia y alegó que la cuña publicitaria, objeto de la denuncia incoada por GELATOMIX habrían sido realizados por uno de sus franquiciados, específicamente, el señor Marco Toledo Pérez Zamora, con cédula de ciudadanía 1802374759. Esta información fue proporcionada por el Gerente General de Radio Bandida, mediante escrito de 5 de febrero de 2021, con ID 184271.

En este sentido, es menester dilucidar sobre la responsabilidad administrativa del franquiciante, en el presente caso, por actos o hechos ilícitos del franquiciado. Para dicho efecto, esta Dirección tiene en cuenta que el Contrato de Franquicia, forma parte de los denominados contratos de distribución.

También tomó en cuenta que el denunciado alegó que una de las cláusulas del contrato de franquicia estipula que:

b) Los franquiciados son los únicos responsables y responderán ante terceros, de todas las actuaciones que se entablen como consecuencia del ejercicio de su actividad, incluyendo indemnizaciones por daños y perjuicios si fuere el caso.

A fin de dilucidar sobre esta cuestión, la Dirección hizo referencia al Código de Comercio, en específico el artículo 558, que preceptúa:

Art. 558.- La franquicia es un contrato en virtud del cual una de las partes, denominada el franquiciante u otorgante, en calidad de titular de un negocio, nombre comercial, marca u otra



forma de identificar empresas, bienes o servicios, o de un bien o servicio, otorga **a otra**, llamada franquiciado o tomador, la posibilidad de explotar comercialmente, sus derechos de propiedad intelectual, secretos empresariales, entre otros derechos, así como las actividades que se desarrollan con tal nombre, marca u otra identificación o bienes o servicios, dentro de los términos que se especifiquen en el contrato, a cambio de una retribución económica.

En este sentido, la Dirección consideró que de acuerdo con su definición legal, el contrato de franquicia implica una relación jurídica de naturaleza civil entre dos personas, sean estas naturales o jurídicas. Esto no implica que nazca una relación jurídica de dependencia entre ambas partes, ni que entre ellas exista un vínculo de administración o accionaria, sino por el contrario, ambas partes tienen personalidad jurídica propia.

Bajo este contexto, para la Dirección, la aceptación, exclusión y/o transferencia de responsabilidades por vía de acuerdo contractual, únicamente puede referirse a responsabilidades de naturaleza civil, como la indemnización de daños y perjuicios, y la reparación en general entre las partes contractuales y frente a terceros.

Así las cosas, la Dirección argumentó que la consecuencia jurídica del acto contractual es el nacimiento de la obligación civil, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1463 del Código Civil. Criterio que habría emitido también por la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, mismo que se desprendería de su sentencia de 20 de julio de 2017, emitida en el marco del Juicio No: 17711-2016-0945, en donde consta que:

La responsabilidad civil es de dos clases: contractual y extracontractual. **La primera que proviene de un contrato previamente celebrado** y la extracontractual la que nace de un daño producido a otra persona sin que exista una relación jurídica previa, la que a su vez puede ser objetiva o subjetiva... (Énfasis añadido).

Ahora bien, la Dirección consideró que la cláusula citada por el denunciado, relativa a la asignación de responsabilidades al franquiciado, se refiere a responsabilidades de naturaleza civil, y no las de tipo administrativo sancionador, o de ser el caso, penal. Para la Dirección, el contrato suscrito entre las partes, incluso si se estableciera asignación de responsabilidades administrativas, no supedita a esta dependencia para considerar como responsable por prácticas desleales, a uno u otro contratante, sino por el contrario, el análisis de responsabilidad administrativa debería ceñirse a la naturaleza de los hechos denunciados y el grado de participación de los sujetos pasivos, en cada caso concreto.

La Dirección también señaló que de conformidad con el artículo 571, letra e), del Código de Comercio, el franquiciado, en todos los contratos, se encuentra obligado a “[u]sar los **métodos** publicitarios y promocionales que se indiquen en el contrato”. (Énfasis añadido). Es decir, que al menos en abstracto, el franquiciante puede imponer al franquiciado, generalmente vía contrato de adhesión, que utilice determinados métodos publicitarios o promocionales. En caso de que estos métodos sean desleales, el franquiciante tendría que responder administrativamente por tales hechos.

La Dirección, en la revisión del contrato de franquicia remitido por el denunciado, evidenció que el instrumento no establece cláusulas o condicionamientos sobre publicidad que los franquiciados estén obligados a seguir, de tal suerte que estos podrían establecer sus propias políticas respecto a la



publicidad. En tal razón, en el supuesto de que los franquiciados cometan prácticas desleales en su publicidad, sin la intervención del franquiciante, este último debe responder administrativamente.

Sin embargo, tal y como lo refiere la Dirección, mediante escrito de 04 de febrero de 2021, las 11h49, con ID 184124, GELATOMIX puso en conocimiento de la SCPM nuevos hechos que, en su criterio, constituirían conductas desleales. En lo principal, indicó que el 31 de enero de 2021, BOGATI habría publicado en su página de la red social Facebook “Bogati Helados con Queso”, un video de publicidad en el que se haría mención directa a GELATOMIX.

En este video, no se hace mención a algún local en específico, sino de manera general a la marca BOGATI, por lo que se entendería que abarca a todos los locales, propios y franquiciados a nivel nacional.

En este contexto, mediante providencia de 19 de febrero de 2021, esta Intendencia ordenó:

PRIMERO.- Agréguese al expediente y téngase en cuenta el escrito y anexos presentados por GELATOMIX, el día 4 de febrero de 2021, las 11h49, con ID 184124. En su atención: [...] **1.4.** En relación con la nueva petición de medidas preventivas, la misma será atendida en el momento procesal oportuno.

Mediante providencia de 8 de marzo de 2021, esta Autoridad dispuso, como actuación previa:

TERCERO. – En virtud de las facultades de investigación previstas en los artículos 50 y 55 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Intendencia dispone notificar nuevamente al señor Santiago René Castro Núñez, en su calidad de titular de la marca comercial Bogati, con el ID Anexo 332963, a fin de que en un término no mayor a tres (3) días, contados a partir de la notificación con esta disposición, **informe a esta Autoridad si ha emitido publicidad denominada “DEBATE 2021 BOGATI VS CHELATOMESK” en la red social Facebook, o en su defecto indique si alguno de sus franquiciados lo ha hecho.**

Mediante escrito y anexos de 11 de marzo de 2021, con ID 187885, el operador económico Santiago Castro, señaló:

Conforme se desprende del certificado que adjunto al presente escrito, **el señor Andrés Patricio Suárez Núñez maneja con absoluta autonomía las redes sociales de la marca Bogati correspondientes al local franquiciado en Ambato, del que el señor Marco Tadeo Pérez Zamora es titular.** Dicho certificado señala, además, que dentro de la absoluta autonomía con la que el señor Suárez maneja las redes sociales de Bogati, elaboró un video parodiando el debate presidencial donde, en sus palabras, “sale la marca registrada en la SENADI “Bogati” y un nombre genérico Chelato Mesk (sic).

Dicho video, al que su autoridad se refiere, en efecto estuvo cargado en las redes sociales de Bogati desde el 31 de enero de 2021 a las 13h00 hasta el 1 de febrero de 2021 a las 18h00, es decir, un poco más de 24 horas al aire. Como es de esperarse, dicho video no tuvo mayor alcance por el poco tiempo que estuvo cargado y cuyos registros de audiencia no ha sido posible obtener por cuanto el video fue eliminado.



En el documento con ID 187885, ID anexo 341577, el operador económico BOGATI, remitió el “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS”, de naturaleza civil, celebrado entre Marco Tadeo Pérez Zamora, propietario de la franquicia Bogati Helados con Queso en la ciudad de Ambato; y, **Andrés Patricio Suárez Núñez**, con el objeto de que este último preste al contratante sus servicios de “... diseño gráfico, producción y posproducción audiovisual, como será el encargado de publicaciones en las redes sociales de Bogati Helados con Queso”.

Como anexo a este escrito también consta un instrumento privado denominado “DECLARACIÓN JURAMENTADA”, fechado a 09 de marzo de 2021, mediante el cual el señor Andrés Patricio Suárez Núñez declaró que:

... dentro de las facultades del contrato de marketing y manejo de redes sociales, realicé un video “parodiando” el debate presidencial donde sale la marca registrada en la SENADI “Bogati” y un nombre genérico, de fantasía sin registro de propiedad intelectual alguno Chelato Mesk; dicho video estuvo publicado en Facebook **del 31 de enero del 2021 desde aproximadamente las 13:00 al 1 de febrero de 2021 hasta aproximadamente las 18:00.**

El video fue eliminado de la red social por llamada del propietario y titular de la marca y nombre comercial Bogati, el Sr. Santiago Castro.

Cabe recalcar, según el contrato firmado tengo autonomía para generar el contenido que crea necesario y su publicación sin necesidad de contar con la aprobación del propietario.

Al respecto, esta Dirección tiene en cuenta que Santiago Castro ha aceptado la autenticidad del video publicado en la red social Facebook, por lo que su existencia y publicación constituye un hecho no controvertido por los operadores económicos.

Queda entonces la duda acerca de quién fue el responsable de su producción y publicación en la referida red social. Al respecto, Santiago Castro señaló que también se trata de un hecho atribuible al franquiciado Marco Tadeo Pérez Zamora, de la ciudad de Ambato.

Sin embargo, en la publicidad aludida, no se hace referencia a ninguna ciudad o local en específico, sino a la marca Bogati, en general. Por otra parte, si bien es cierto, Santiago Castro afirmó que quien maneja las redes sociales es el señor Marco Pérez, de Ambato, el equipo de trabajo de la Dirección ha realizado la búsqueda en la referida red social, encontrando dos coincidencias que se refieren a helados con la marca Bogati:

1. Bogati Helados con Queso, @bogati.ec · Heladería, en el enlace electrónico <https://www.facebook.com/bogati.ec>. En este link consta el siguiente logotipo:



2. Bogati helados con queso Baños, @Bogati.Banos · Producto/servicio, en el enlace electrónico: <https://www.facebook.com/Bogati.Banos>, con el mismo logotipo que la búsqueda anterior.

En el primer enlace, existen videos promocionales y diseños de la marca, que hacen referencia a varias provincias y ciudades del país, no solo de Ambato. En tanto que en el segundo enlace, se hace publicidad únicamente respecto del cantón Baños, de la provincia de Tungurahua.

Por otra parte, la Dirección señaló en el ID 201717 del expediente digital consta en el video de la diligencia de inspección a la franquiciada de Bogati, Erika Yadira Sánchez Núñez, con R.U.C., 1803984986001, cuyo local comercial está ubicado en la Av. Agustín Freire y Eloy Vásquez Cevallos, ciudadela La Garzota, de la ciudad de Guayaquil.

De acuerdo con el video, el empleado del operador económico indicó que la política de publicidad es manejada por el franquiciante. En el audio y video, a partir del minuto 00:07:40, consta lo manifestado por el administrador del local, el señor Antonio Fabián López Reyes, con cédula de ciudadanía No. 0926512542, quien, a petición del líder de equipo, abogado Franklin Arévalo, señaló que el señor Santiago Castro no permite a los franquiciados realizar su propia publicidad, sino que el otorgante de la franquicia es quien “maneja” todo lo referente a los anuncios de los productos.

Al analizar estos hechos, la Dirección se refirió al artículo 3 de la LORCPM, que preceptúa:

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.** (Énfasis añadido)

Al realizar la valoración jurídica de estos elementos, la Dirección bosquejó el siguiente análisis:

El denunciante, en su escrito de 4 de febrero de 2021, mencionó que el video en cuestión fue publicado en el *fanpage* “Bogati Helados con Queso”, sin que esto haya sido contradicho por Santiago Castro. En este orden de ideas, esta Dirección considera, que la publicidad realizada en la red social Facebook, en el *fanpage* “@bogati.ec· Heladería”, al incluir publicidad de varias ciudades del país, le pertenece al franquiciante, por lo que éste sería responsable de la publicidad constante en cada uno de sus *post*. Cabe destacar que Santiago Castro no remitió indicios que hagan suponer



que la publicidad a través del fanpage “@bogati.ec” sea manejada por alguno de sus franquiciados.

En adición, de acuerdo con lo manifestado por el administrador del franquiciado Erika Sánchez, Santiago Castro sería quien maneja la política de publicidad de los productos para los franquiciados, vedando a éstos de la posibilidad de realizar publicidad por cuenta propia.

Con base en el análisis expuesto, esta Dirección considera que el contrato de franquicia no establece ni deslinda de la responsabilidad administrativa a las partes contractuales, quienes en virtud de su independencia jurídica, serían responsables de los actos denunciados, en la medida de su grado de participación de la conducta, de acuerdo con el análisis del caso concreto.

En este contexto, esta Dirección considera que la conformación del *litis consorcio* pasivo en contra de Santiago Cruz, en su calidad de titular de la marca BOGATI, es correcta en la medida que, de conformidad con lo indicios que constan en el expediente, la publicidad en la *fan page* “Bogati Helados con Queso”, en la radio, y en los locales comerciales propios y franquiciados es atribuible al franquiciante.

Al respecto, esta Intendencia está de acuerdo con el criterio de la Dirección en relación a que la responsabilidad derivada de una infracción administrativa no puede trasladarse. Tomando en cuenta que al Derecho Administrativo Sancionador le son aplicables las mismas garantías básicas que son comunes al Derecho Penal, esta Autoridad considera que, en este caso es aplicable el principio de personalidad o individualidad de la pena, según el cual, está vedado al titular del *ius puniendi* castigar a un individuo por hechos ajenos. Así, para Antonio Cuerda Riezu,

... si un hecho H-1 es atribuible como hecho antijurídico y culpable a una persona A, y no es atribuible a una persona B, esta persona B no puede ser declarada penalmente responsable de H-1, y si lo fuera de forma indebida, al sujeto B se le estaría ocasionando una vulneración del principio; dicho en otros términos: a B se le estaría obligando a responder por un hecho ajeno. Pero si el hecho H-2 es atribuible tanto a la persona A como a la persona B, la atribución de responsabilidad plena a ambos sujetos, A y B, no contradice el principio de responsabilidad personal en su manifestación cuantitativa, ya que el hecho es propio respecto al sujeto A, pero también lo es en referencia a la persona B., o cualquier rama del Derecho Administrativo Sancionador.⁴⁴

En este sentido, si la responsabilidad penal es personalísima y no puede trasladarse a otro sujeto que no ha participado de los hechos objeto de reproche, lo propio ocurre en torno a la responsabilidad administrativa sancionadora, que no puede ser transferida por ninguna vía a individuo que no ha participado de los hechos objeto de reproche. Así, la Corte Nacional de Justicia ha señalado que: “La responsabilidad penal es personalísima y a nadie puede condenarse por actos antijurídicos en los que no ha intervenido”.⁴⁵

⁴⁴ CUERDA RIEZU, Antonio EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE RESPONSABILIDAD PERSONAL POR EL HECHO PROPIO. MANIFESTACIONES CUANTITATIVAS. Revista Boliviana de Derecho [en línea]. 2010, (9), 204-239[fecha de Consulta 19 de Octubre de 2021]. ISSN: 2070-8157. Tomado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427540066008>

⁴⁵ Corte Nacional de Justicia, Primera Sala de lo Penal, Resolución No. 1439-2012, de 18 de enero de 2012, emitida dentro del Juicio de Casación No. 478-2011-JG, Hernán Ulloa Parada, Ponente, tomado de



Al realizar un análisis de derecho comparado encontramos que la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de la República de Argentina ha señalado que:

En un estado de derecho respetuoso de las garantías de los ciudadanos, el principio de personalidad de las penas no permite responsabilizar a una persona por delitos ajenos, y a su vez se corresponde con la necesidad de destruir la presunción de inocencia, mediante pruebas concretas que demuestren la realización material del hecho imputado.⁴⁶

Así las cosas, la interpretación de Bogati, con relación a que vía contrato puede trasladarse la responsabilidad administrativa, supondría en la práctica la transferencia indebida de cargas punitivas a un individuo derivadas de un hecho ajeno, lo cual es contrario a las garantías propias del debido proceso.

En tal virtud, esta Autoridad está de acuerdo con el análisis efectuado por la Dirección, respecto a que no es viable transferir, vía acto jurídico, la responsabilidad de índole administrativa o penal, que debe pesar en forma exclusiva por quien ha infringido el ordenamiento jurídico penal o administrativo.

Al realizar el análisis acerca de la individualidad de los cargos denunciados, la Dirección valoró los documentos remitidos por Bogati para desvirtuar su legitimación pasiva en este procedimiento, así como los elementos recopilados durante la etapa de investigación. En este sentido, esta Intendencia procede a realizar también su propia valoración en relación a los elementos de convicción, de conformidad con las reglas de la sana crítica, previstas en el artículo 164 del COGEP.

Así tenemos que, el documento con ID 187885, ID anexo 341577, el operador económico BOGATI, remitió el “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS”, celebrado entre Marco Tadeo Pérez Zamora, propietario de la franquicia Bogati Helados con Queso en la ciudad de Ambato y, Andrés Patricio Suárez Núñez, con el objeto de que este último preste al contratante sus servicios de “... diseño gráfico, producción y posproducción audiovisual, como será el encargado de publicaciones en las redes sociales de Bogati Helados con Queso”.

En criterio del operador económico Bogati, este documento serviría para deslindar su responsabilidad en cuanto a la difusión de la publicidad objeto de denuncia e investigación en este procedimiento. En adición, remitió un instrumento privado denominado “DECLARACIÓN JURAMENTADA”, fechado a 09 de marzo de 2021, mediante el cual el señor Andrés Patricio Suárez Núñez declaró que él sería quien realizó el video de parodia en la red social Facebook, sobre el “DEBATE PRESIDENCIAL”, resaltando que tiene autonomía para generar contenido, sin necesidad de contar con la autorización de Santiago Castro.

En relación con este argumento, es necesario recordar lo preceptuado por el artículo 25 de la

https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_penal/noviembre2012/R1439-2012-J478-2011.pdf

⁴⁶ Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de la República de Argentina, Responsabilidad objetiva, personalidad de la pena SUMARIO DE FALLO 4 de Noviembre de 2014 Id SAIJ: SUB0957737, tomado de: <http://www.saij.gob.ar/responsabilidad-objetiva-personalidad-pena-sub0957737/123456789-oabc-defg7377-590bsoiramus#>



LORCPM, que en su parte atinente se lee:

La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley.

Esta disposición normativa desarrolla el contenido del principio de responsabilidad objetiva, aplicable en competencia desleal, que también consta en otras legislaciones, como la Ley 256 de Colombia. Así lo señala, la autora Jeraldine Lisbel Rodríguez Ortíz:

Como novedad, la ley establece una especie de responsabilidad objetiva, según la cual para la configuración del acto de competencia desleal basta la infracción externa de la norma que la prohíbe más la presencia de un daño o amenaza, eliminando la consideración de todo elemento intencional o culposos.⁴⁷

La misma autora añade:

1.2.3 Teoría de la responsabilidad objetiva. Esta teoría se basa específicamente, en que aquel que hace uso de cosas peligrosas, debe reparar los daños que cause, aun cuando haya procedido lícitamente (Alessandri 1981 y Henao, 1998).

De la lectura cuidadosa de la Ley 256 de (1996) se puede inferir que la misma al excluir el elemento dolo y aun la culpa del sujeto activo de la conducta de competencia desleal consagra la responsabilidad objetiva del sujeto, que ocurre en la conducta desleal, ya que solo se requiere que se presente una de las conductas descritas en la ley sin que, adicionalmente, se requiera la presencia de daño o perjuicio, basta que el acto sea potencialmente dañino al orden social.

En el mismo sentido, María Elena Jara, al citar el ejemplo venezolano contenido en la Superintendencia Pro-Competencia de Venezuela, Resolución No. SPPLC/0022-02, 6-viii-2002, realiza el siguiente análisis:

...Cuando en el análisis se compara a la presentación de Regional Light con la etiqueta N°3 de Brahma Light (identificada en el estudio de Atenta al Mercadeo, C.A., como Brahma CR), se obtiene como resultado que de las sesenta y seis (66) personas que seleccionaron Regional Light, once (11) hicieron tal selección pensando que se trataba de Brahma Light. Esto representa una ganancia para Regional producto de la confusión de 16,70%. Asimismo, de las 84 personas que seleccionaron Brahma Light, treinta y cuatro (34) hicieron tal selección pensando que se trataba de Regional Light. Esto representa una pérdida para Regional producto de la confusión de 40,50%. En definitiva, la presentación N°3 de Brahma Light, identificada como Brahma CR, produjo durante

⁴⁷ Jeraldine Lisbel Rodríguez Ortíz, DE LOS INTERESES DE LOS CONSUMIDORES Y DE LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LOS MERCADOS: UN ESTUDIO SOBRE LAS MODALIDADES DE COMPETENCIA DESLEAL EN COLOMBIA Y SUS MEDIDAS DE PROTECCIÓN, tomado de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/3062/4/De%20los%20intereses%20de%20los%20consumidores%20y%20de%20la%20protecci%C3%B3n%20de%20la%20libre%20competencia.pdf>



el tiempo que estuvo en el mercado una pérdida neta de 15,33% para Regional Light. Con respecto al requisito de que la conducta desplegada por la empresa C.A. Cervecería Nacional (Brahma), sea capaz de producir un daño o amenaza de daño sobre C.A. Cervecería Regional, se hace un análisis a los fines de determinar, si la práctica se haya encaminado a impedir u obstaculizar la afirmación en el mercado de un competidor. Para ello, es necesario examinar, hasta qué punto, la práctica puede ocasionar efectos en el mercado. **No obstante, es importante aclarar, que dentro de los actos de competencia desleal, podemos distinguir la llamada ‘responsabilidad objetiva’ que comporta un acto de competencia desleal, el cual releva a la empresa afectada por la práctica, de tener que demostrar la intención en dañar el mercado, que resulta de la realización de una práctica que genera confusión entre los consumidores, intención ésta, que es presumida desde que se comprueba la realización de la conducta.** En este caso, se trata de demostrar que la práctica puede producir un reacomodo de la demanda en el mercado, debido a que es capaz de producir confusión entre los competidores, excluyendo parcialmente, por tanto, a la empresa víctima de la práctica.⁴⁸ (Énfasis añadido)

La Corte Nacional de Justicia, al analizar los elementos de la responsabilidad objetiva (que si bien se refiere a materia ambiental, por analogía es plenamente aplicable a este caso), consideró lo siguiente:

Ricardo Crespo Plaza, sobre la responsabilidad objetiva señala “En materia ambiental la responsabilidad subjetiva no funciona por lo que la doctrina y muchos sistemas jurídicos acuden a la teoría de la responsabilidad objetiva también llamada de riesgo, frente a hechos derivados de la actividad industrial que, aunque no hayan sido causados por culpa, deben ser respondidos por alguien que ha obtenido provecho de la actividad dañosa. Por lo tanto se responde ante un hecho objetivo: el daño. [...]. La responsabilidad objetiva establece una excepción a la regla general basada en la responsabilidad subjetiva o por culpa. En el caso de la responsabilidad objetiva se presume la culpa del demandado pues la demostración de la responsabilidad se centra exclusivamente en la ocurrencia de un daño o de la producción de un riesgo que causa un perjuicio o peligro no solo a la víctima sino a toda la sociedad.” (La Responsabilidad Objetiva por Daños Ambientales y la Inversión de la carga de la prueba en la nueva Constitución. Programa Estudios Socio ambientales - FLACSO Sede Ecuador. P. 2). (Lo subrayado es añadido)

En este contexto, esta Intendencia considera que, incluso en el evento de que lo argumentado por Bogati resulte verosímil conforme la valoración probatoria de esta Intendencia, el supuesto hecho de que haya contratado a un tercero para gestionar su publicidad no le exime de responsabilidad administrativa, toda vez que esta se rige por las reglas de la responsabilidad objetiva de conformidad con el artículo 25 de la LORCPM. Es decir, verificada la práctica, y de acuerdo con el principio de primacía de la realidad reconocido en el artículo 3 de la LORCPM, resulta inexorable llegar a la conclusión que el beneficiado de la publicidad fue Santiago Castro, titular de la franquicia Bogati, y que frente a los competidores y consumidores, es precisamente quien realiza la publicidad y se beneficia de ella.

Santiago Castro también ha señalado que la cuña en Radio Bandida ha sido realizada por el

⁴⁸ María Elena Jara, citada *ut supra*.



franquiciado Mateo Tadeo Pérez Zamora, de la ciudad de Ambato, a quien también pretendió atribuirle la responsabilidad de la gestión del *Fan Page* en la red social Facebook. Sin embargo, estos elementos aportados por Santiago Castro deben ser valorados en forma integral, de acuerdo de los demás elementos de convicción que obran del expediente. Bajo este contexto, la Dirección señaló que de la diligencia de inspección llevada a cabo a la franquiciada Erika Yadira Sánchez en la ciudad de Guayaquil, constante en el ID 201717, el empleado señaló que Santiago Castro es quien maneja la publicidad y veda a los franquiciados de producir contenido publicitario.

Al realizar la valoración de los elementos de convicción de acuerdo con su sana crítica, esta Autoridad estima que la aseveración de Santiago Castro de que el franquiciado de la ciudad de Ambato gestiona la publicidad de la *fan page* de la red social Facebook, resulta inverosímil, pues en un sistema de distribución comercial bajo la modalidad de franquicia es el franquiciante quien dirige la política publicitaria, pues es él quien debe procurar que la publicidad, los productos, los signos distintivos, entre otros aspectos, con la finalidad de que su negocio guarde uniformidad en todos sus locales.

Por otra parte, en criterio de esta Autoridad, resulta verosímil lo señalado por el empleado de la franquiciada Erika Sánchez de la ciudad de Guayaquil, que afirmó que la política de publicidad viene dada por Santiago Castro, vedando a los tomadores de generar contenido publicitario por su cuenta.

En este sentido, de acuerdo con la sana crítica de esta Intendencia, Santiago Castro es el legitimado pasivo en este procedimiento, al ser quien se ha beneficiado como titular de la franquicia Bogati, de la publicidad en redes sociales así como en las cuñas radiales. En adición, es quien gestiona la política publicitaria, incluyendo la de redes sociales, que será después incluso reproducida por sus franquiciados a través de diferentes medios.

6.6. Análisis sobre el cometimiento de las conductas investigadas

Sobre la base de la línea de investigación fijada en la resolución de inicio de investigación, esta Intendencia analiza los elementos de cada una de las prácticas desleales objeto de investigación.

6.6.1. Actos de engaño

En relación con los actos de engaño, el artículo 27, número 2 de la LORCPM tipifica:

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. [...]

De este modo, esta Autoridad resalta que la doctrina los ha considerado como actos de fraude, bien sea por omisión o por prestaciones que induzcan al error, incluso si fueran verdaderas. En este sentido, esta conducta está muy vinculada con la protección de los derechos de los consumidores, además de la protección de los derechos de los competidores.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha señalado que:

Cuando en la mente del consumidor se produce una distorsión de la verdad acerca de la naturaleza del bien o del servicio, ya sea de sus características, su modo de fabricación, etc., se influye en él para que éste adquiera un producto o servicio erróneamente. [...] Cuando un producto o servicio engañoso circula en el mercado no sólo perjudica al consumidor al creer que está adquiriendo un bien de procedencia conocida, sino que los demás competidores estarían afectados por esa conducta desleal al existir en el mercado productos similares que inciden en los consumidores de manera tal, que éstos son inducidos a error.⁴⁹

A manera de referencia internacional, conscientes de las diferencias normativas, de acuerdo con la doctrina del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Perú, INDECOPI, los actos de engaño se conciben como:

... una manifestación típica de competencia desleal. Se producen cuando un agente económico transmite a los consumidores un mensaje erróneo respecto de su actividad empresarial, lo que puede generar que un consumidor prefiera la oferta de dicho agente económico en desmedro de otros. Esta conducta se considera desleal porque tiene un doble efecto negativo: (i) en el consumidor, quien a raíz de un acto de engaño, podría adoptar una decisión de consumo que no resulta adecuada a sus intereses; y, (ii) en los competidores, quienes podrían perder la preferencia de los consumidores que desviaron su elección a favor del agente que realizó la conducta de engaño. (...) Esta discordancia entre las afirmaciones de los agentes económicos y la realidad afecta la transparencia en el mercado.⁵⁰

De acuerdo con María Elena Jara:

...el engaño debe referirse a elementos esenciales, como: origen, naturaleza, disposición, destino, y novedad; calidad, cantidad, especificaciones, y denominación; modo y fecha de fabricación; resultados que pueden esperarse de su utilización; resultados y características de los ensayos y

⁴⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 53-IP-2002, 14 de agosto de 2002.

⁵⁰ INDECOPI, “LINEAMIENTOS SOBRE PUBLICIDAD ENGAÑOSA”, tomado de https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4174/1349_CCD_DT_Lineamientos_publicidad_enga%C3%BAosa.pdf?sequence=3&isAllowed=y



controles; nocividad y peligrosidad.⁵¹

La doctrina y la jurisprudencia comparada han concordado en diferenciar actos de engaño cuyo contenido es falso, bien sea por falsedad u omisión de ciertas características del bien o servicio, y este hecho induce al error al consumidor,⁵² de aquellos actos que si bien su contenido es verdadero, inducen al error al consumidor, por el contexto en el que se expresan. La Organización Mundial de Propiedad Intelectual, citada por María Elena Jara, brinda el siguiente ejemplo:

Si, por ejemplo, ingredientes químicos son generalmente prohibidos en el pan, las cortes de la mayoría de países consideran engañosa la expresión ‘sin ingredientes químicos’, para promocionar cierto pan, porque, aunque literalmente verdadera, da la errónea impresión de que el artículo publicitado está fuera de lo común.⁵³

En el mismo sentido, la jurisprudencia norteamericana ha considerado que:

Para demostrar la falsedad dentro del significado de la Lanham Act, un demandante puede demostrar que la declaración era literalmente falsa, ya sea a primera vista o por implicación necesaria, o que la declaración era literalmente verdadera pero que probablemente induzca a error o confunda a los consumidores.⁵⁴

Ahora bien, cuando se trata de un acto de engaño cometido a través de la actividad publicitaria, la experiencia del INDECOPI, señala que:

En primer lugar, cabe resaltar que el análisis integral se refiere a todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros. Para establecer si un anuncio infringe lo dispuesto en las normas publicitarias vigentes, debe ser analizado de forma conjunta, tal como un consumidor aprehende el mensaje publicitario.⁵⁵

En adición, al analizar una práctica desleal por publicidad engañosa, resulta necesario referirse el contenido del mensaje publicitario subjetivo y objetivo. En relación con el primero, INDECOPI ha señalado que:

Son las afirmaciones contenidas en un anuncio que, por la forma en que son presentadas al consumidor, dan la impresión de que el anunciante presenta declaraciones de parte mediante las cuales intenta convencer de que se consuma el producto anunciado o se adquiera el servicio

⁵¹ María Elena Jara, “Protección jurídica contra la competencia desleal en los países de la Comunidad Andina. Pautas para su tratamiento en el Ecuador”, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2003), p62.

⁵² *ibídem*.

⁵³ María Elena Jara, “Protección jurídica contra la competencia desleal en los países de la Comunidad Andina. Pautas para su tratamiento en el Ecuador”, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2003), p62.

⁵⁴ Southland Sod Farms contra Stover Seed Co., 108 F.3d 1134, 1139 (novenno cir. 1997). (Traducido)

⁵⁵ INDECOPI, “LINEAMIENTOS SOBRE PUBLICIDAD ENGAÑOSA”, tomado de [https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4174/1349_CCD_DT_Lineamientos_publicidad_enga%
b1osa.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4174/1349_CCD_DT_Lineamientos_publicidad_enga%c3%b1osa.pdf?sequence=3&isAllowed=y)



promocionado.

A modo de ejemplo, una empresa fabricante de pasta dentales, en su publicidad utilizaba las frases “la mejor marca, al mejor precio”. La Comisión señaló que el término “mejor”, tanto en su calidad de adjetivo como de adverbio, tenía diversas connotaciones de naturaleza subjetiva, relacionadas con lo “preferible” o “conveniente”, por lo que su sola inclusión, no era capaz de dotar al mensaje publicitario de parámetros objetivos que permitieran determinar su veracidad, por lo que se declaró infundada la denuncia.⁵⁶

Respecto del mensaje objetivo señaló la siguiente definición y ejemplo:

Son las afirmaciones contenidas en un anuncio que un consumidor percibe, mediante una interpretación integral y superficial como objetivamente comprobable, es decir, mensurable mediante un sistema de medición comúnmente aceptado. [...]

Otro caso adicional que ayuda a determinar en qué casos encontramos mensajes publicitarios objetivos fue aquel en donde una empresa dedicada a la venta de pastas dentales, difundió un anuncio que indicaba que la siguiente afirmación respecto de su producto: “Es la única crema dental con doce (12) beneficios y doce (12) horas de protección”. **En particular, la Comisión consideró que dicha frase era de carácter objetivo e informaba claramente a los consumidores que el producto anunciado ofrecía, de manera exclusiva y excluyente, el referido número de beneficios, por lo que correspondía a dicha empresa acreditar la veracidad de la misma; sin embargo, no lo hizo.**⁵⁷ (Énfasis añadido)

A partir de los conceptos tomados de nuestra legislación, la doctrina y los precedentes de derecho comparados que se han analizado, esta Intendencia considera que al analizar una conducta por actos de engaño, es menester identificar si el mismo se ha producido a través de un acto en general de comercio, o mediante publicidad.

Los actos de engaño pueden darse por acción u omisión, de conformidad con la LORCPM. Pero en adición, hay que tener en cuenta que lo que nuestra legislación tipifica no es el engaño en sí, sino la inducción a error en el consumidor. De ahí que esta inducción puede darse a través de la difusión de mensajes falsos o erróneos, pero también a partir de mensajes que si bien son ciertos, por el contexto en el que se emiten son susceptibles de inducir al error al destinatario, conforme el ejemplo que se ha citado *ut supra*.

⁵⁶ INDECOPI, Resolución N° 189-2009/CCD-INDECOPI y Resolución N° 2337-2010/SC1-INDECOPI, Expediente N° 015-2009/CCD, Intradevco Industrial S.A., vs. Colgate -Palmolive Perú S.A., resolución citada en INDECOPI, “LINEAMIENTOS SOBRE PUBLICIDAD ENGAÑOSA”, tomado de https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4174/1349_CCD_DT_Lineamientos_publicidad_enga%c3%b1osa.pdf?sequence=3&isAllowed=y

⁵⁷ INDECOPI, Resolución N° 176-2012/CCD-INDECOPI y Resolución N° 0414-2014/SDC-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 069-2012/CCD, en el procedimiento seguido por Intradevco Industrial S.A. en contra de Colgate –Palmolive Perú S.A., resolución citada en INDECOPI, “LINEAMIENTOS SOBRE PUBLICIDAD ENGAÑOSA”, tomado de https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4174/1349_CCD_DT_Lineamientos_publicidad_enga%c3%b1osa.pdf?sequence=3&isAllowed=y



En el evento de que el engaño se haya producido a través de la publicidad, como habría ocurrido en el caso bajo análisis, hay que considerar el contenido del mensaje publicitario, así como la carga probatoria, tal y como lo establece el artículo 27, número 2 de la LORCPM.

Bajo este contexto, existirían dos tipos de mensajes publicitarios. En primer lugar están los mensajes subjetivos, cuyo contenido no es medible ni cuantificable, por lo que al no ser comprobable no estaría sujeto a comprobación por parte del anunciante, y no correspondería realizar el análisis del principio de veracidad. Por ejemplo, estarían subsumidas en esta premisa frases que incluyan conceptos subjetivos como “mejor”, “mejor sabor”, “más delicioso”, “más elegante”, entre otras, pues resulta evidente que los consumidores percibirían dichas afirmaciones como un juicio de valor estimativo y unilateral del anunciante respecto de sus productos, por lo que dichas afirmaciones no son capaces de inducir a error.⁵⁸ Esto, sin perjuicio del reproche del uso de estos términos no comprobables, en la publicidad comparativa.

En segundo lugar, nos encontramos frente a mensajes publicitarios que pueden ser cuantificados o valorados en forma objetiva, es decir, mensajes que hagan alusión a la denominación de origen o indicación geográfica del producto, o a cualidades en cuanto a ser apto para “bajar de peso”, “tonificar los músculos”, entre otros calificativos medibles objetivamente, es decir, comprobables. En este caso, el anuncio publicitario se sujeta al principio de veracidad, y en consecuencia la carga de la prueba se invierte sobre el anunciante, de conformidad con la LORCPM.

Este análisis se deriva a la doctrina citada *ut supra* del INDECOPI, pero también se compagina con el artículo 27, número 2 de la LORCPM, que en su parte pertinente señala: *“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”*.

Cuando la disposición normativa citada dice que para la difusión de cualquier mensaje publicitario (sobre características comprobables), el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten su veracidad, la LORCPM se inclina por la doctrina del “deber de sustanciación previa”, como la ha definido INDECOPI, que básicamente señala lo siguiente:

De esta manera, las reglas de pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios ofrecidos en un procedimiento por las partes se deben guiar por la regla general de sustanciación previa, con lo cual se deben admitir y evaluar solo aquellos medios probatorios pre-constituidos presentados por el anunciante, esto es, aquellos que han sido elaborados con anterioridad a la difusión del anuncio publicitario.⁵⁹

⁵⁸ INDECOPI, Resolución N° 085-2015/CCD-INDECOPI y Resolución N° 0602-2015/SDC-INDECOPI, emitidas bajo el Expediente N° 182-2014/CCD, en el procedimiento seguido por Oliperú S.A.C. en contra de Steel Industry S.A.C., resolución citada en INDECOPI, “LINEAMIENTOS SOBRE PUBLICIDAD ENGAÑOSA”, tomado de https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4174/1349_CCD_DT_Lineamientos_publicidad_enga%C3%B1osa.pdf?sequence=3&isAllowed=y

⁵⁹ INDECOPI, Resolución N° 0883-2013/SDC-INDECOPI, Expediente N° 242-2011/CCD, procedimiento de oficio en contra de Quality Products S.A., resolución citada en INDECOPI, “LINEAMIENTOS SOBRE PUBLICIDAD ENGAÑOSA”, tomado



En tal sentido, esta Intendencia concuerda con dicho criterio y considera que el anunciante, al emitir un mensaje publicitario de carácter objetivo, debe contar previamente (en tiempo presente) con los medios probatorios objetivos que lo sustenten, pues de lo contrario, habría infringido su deber de emitir publicidad debidamente sustentada, y habría estado esperando a que exista un conflicto legal sobre la misma para recién realizar las pruebas pertinentes.

Una vez que han sido delimitados los elementos de la conducta de actos de engaño, aplicables al caso *in examine*, cabe reseñar lo señalado por esta Intendencia en la resolución de inicio de investigación, en donde consta:

En el presente caso, la Intendencia, en su resolución de inicio de investigación, realizó el análisis respecto de los supuestos actos de engaño del denunciado, señalando lo que continuación se cita:

... de acuerdo con la denuncia de GELATOMIX y su escrito de 4 de febrero de 2021, el engaño por parte de BOGATI a los consumidores consistiría en que emitió y difundió “datos falsos respecto al modo de fabricación de sus principales productos, esto son, sus helados acompañados con crema y queso”, así como de sus ingredientes, ya que el denunciado habría insinuado que los helados de GELATOMIX no son hechos a base de fruta natural, y los de BOGATI sí.

De acuerdo con la publicidad, el denunciado elaboraría helados de paila artesanal con pura fruta. En este mismo sentido en su página web se lee textualmente: “En Bogati elaboramos helados de paila artesanalmente con pura fruta, acompañados con el mejor queso y crema”.

También agregó que “Existe engaño en su publicidad (...) respecto al modo de fabricación de los productos del denunciado, ya que la técnica utilizada es la artesanal más no la técnica a paila, generando error en el producto”.

Finalmente, en su escrito de 4 de febrero de 2021 recalcó que:

Bogati deberá justificar que sus helados son elaborados en paila, que su queso no tiene grasa, y que son productos con 100% fruta (veamos como justifica que su helado sabor CHICLE, su helado sabor QUESO, su helado sabor CHOCOLATE, su helado sabor GALLETA, su helado sabor CAFÉ, son fruta natural). En relación a que su crema no afecta a la salud, se trata de una afirmación ambigua, sin criterio de objetividad.

Al respecto, BOGATI cuestionó que tales actos sean capaces de inducir al consumidor medio y perspicaz, y que no existe capacidad de falsear la competencia por parte del sujeto pasivo de este procedimiento.

En este sentido, dentro del procedimiento administrativo habría que recabar indicios sobre la veracidad de las aseveraciones de BOGATI, en las pautas publicitarias en cuestión.

de

[https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4174/1349_CCD_DT_Lineamientos_publicidad_enga%
b1osa.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4174/1349_CCD_DT_Lineamientos_publicidad_enga%c3%b1osa.pdf?sequence=3&isAllowed=y)



Mediante escrito de 11 de marzo de 2021, con ID 187885, BOGATI remitió a esta Autoridad su formulación y procedimiento de elaboración de helados. Esta información ha sido declarada como confidencial mediante providencia de 8 de marzo de 2021. Sin embargo, es pertinente mencionar, sin difundir la información secreta de BOGATI, que sus productos tendrían fruta natural. Sin embargo, no precisó la formulación de los helados con sabor a chicle, queso, galleta, chocolate y café.

En cuanto al modo de fabricación, los helados serían elaborados a base de paila. Preciso que a “Bogati le distribuyen los helados la empresa Dfranlu del señor Franklin Hermosa con RUC: 1002161063001”.

En este sentido, los cargos incoados por parte de GELATOMIX versaron sobre el modo de fabricación, los ingredientes y el hecho de que su crema no sea nociva para la salud.

Al respecto, esta Autoridad considera que, si bien BOGATI no precisó la composición, en específico de los helados de chicle, chocolate, café y galleta, el consumidor racional medio sería capaz de comprender que estos sabores, por su propia naturaleza no llevan fruta natural. En este sentido, las aseveraciones sobre el contenido “fruta natural”, en esos sabores, no es capaz de inducir al yerro a los consumidores.

En relación con el procedimiento de elaboración de los helados, BOGATI ha precisado que los hace a base de paila, en concordancia con lo que anunció en su publicidad. Sobre este particular, esta Intendencia tiene en cuenta que, de conformidad con el artículo 27, número 2, inciso segundo de la LORCPM, la carga de la prueba del anuncio publicitario le corresponde al anunciante, por lo que es necesario contar con mayores elementos indiciarios o probatorios, con respecto a las aseveraciones en cuanto al proceso de elaboración de sus helados.

En relación con la aseveración de que la crema no es nociva para la salud, esta Intendencia tiene en cuenta, la garantía de que la crema de los helados de BOGATI no afecta a la salud, no es un acto meramente publicitario, sino un deber legal, de conformidad con las normas sanitarias pertinentes. Por lo que, en una eventual investigación, el anunciante deberá probar que la crema que usa en sus productos no es nociva para la salud.

En este orden de ideas, esta Autoridad estima necesario abrir una etapa de investigación, con el objeto de indagar sobre estos cargos, con mayor profundidad, a efectos de verificar el procedimiento de elaboración de los helados de Bogati y las aseveraciones realizadas en su publicidad.

Asimismo, esta Intendencia considera que este elemento constituye un indicio sobre el cometimiento de actos de engaño por parte de BOGATI. Sin embargo, en la correspondiente etapa de investigación habrá que precisar, con base en elementos de convicción, si esta conducta ha sido capaz de inducir al error al consumidor, y si ha existido afectación al interés general o bienestar de los consumidores, y el falseamiento de la competencia.

En adición es pertinente citar el análisis de la Dirección, contenido en su informe de resultados, en el que analiza las siguientes aseveraciones que inducirían al error al consumidor:

1. Que los helados de Bogati son elaborados artesanalmente en paila y con pura fruta, a diferencia



de los helados de Gelatomix.

2. La crema utilizada por Bogati no es nociva para la salud.
3. El queso utilizado por Bogati no tiene grasa.

La Dirección también consideró que las aseveraciones proferidas por Bogati constituyen publicidad, tanto las vertidas a través de una cuña en Radio Bandida de la ciudad de Ambato, como la difundida a través de la red social Facebook. Su análisis se basó en el Reglamento General a la Ley Orgánica de Comunicación, que determina:

Art. 38.- Definición de publicidad.- Es publicidad cualquier forma remunerada o pagada de difusión de ideas, mercaderías, productos o servicios por parte de cualquier persona natural o jurídica con fines comerciales.

También hizo mención a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en su artículo 2 define:

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

Con base en dichas normas jurídicas consideró:

De acuerdo con el artículo 27, número 2, inciso segundo de la LORCPM, en aquellos casos en los que los presuntos actos de engaño hayan sido realizados a través de la actividad publicitaria, la carga de la prueba se invierte sobre el anunciante. En este sentido, correspondía al denunciado demostrar los cargos acusados por GELATOMIX, sin perjuicio de la facultad de investigación y la cuota de la carga probatoria que le corresponde a la SCPM, conforme a lo dispuesto en el artículo 50 de la LORCPM.

Al respecto, esta Intendencia concuerda con la Dirección en cuanto a que las aseveraciones analizadas, atribuidas a Bogati, se emitieron en el contexto de la publicidad del operador económico denunciado, por lo que la carga de la prueba le corresponde al anunciante.

Sin embargo, esta Intendencia considera que estas reglas de la carga probatoria únicamente deben ser aplicadas a aquellas frases o aseveraciones que tengan un contenido objetivo y medible, es decir, comprobable, tal y como lo dispone el artículo 27, número 2, inciso segundo de la LORCPM. En tal virtud, esta Intendencia considera que es acertado el análisis de la Dirección respecto de los cargos señalados *ut supra*, descartando el análisis de la veracidad de frases subjetivas como “mejor sabor” o “sabor increíble”, que por su alto grado de subjetividad no están sujetas a comprobabilidad, y en consecuencia son susceptibles de inducir a error o engaño al consumidor.

Por otra parte, esta Intendencia destaca también el hecho de que la Dirección haya analizado cada una de las aseveraciones, supuestamente engañosas, de forma integral, y en criterio de esta Autoridad, lo ha hecho en forma superficial, tal y como la haría un consumidor.



En relación con la insinuación de que: “... los helados de Bogati son elaborados artesanalmente en paila y con pura fruta, a diferencia de los helados de Gelatomix”, la Dirección realizó el siguiente análisis:

Respecto de la utilización de pailas artesanales de bronce y pura fruta para la elaboración de helados por parte del denunciado, la Intendencia pudo constatar que Bogati no es el productor de los helados, sin embargo, este producto es adquirido del operador económico Franklin Hermoza, con nombre comercial D’Franlu.

En este sentido, la Intendencia consideró oportuno realizar una inspección tanto al operador Gelatomix como al operador D’ Franlu, a efectos de evidenciar los procedimientos e ingredientes utilizados por ambos operadores económicos en la elaboración de sus productos.

Al respecto, conforme se desprende de la diligencia de inspección a Gelatomix, se ha evidenciado que no utiliza pailas de bronce, sino maquinas industriales. En cuanto a los insumos, se evidenció que los helados de fruta son realizados con pulpa de fruta natural.

También cito los resultados de la diligencia de inspección a Gelatomix, señalando que:

Se constató la existencia de una pasta de frutas cuyo componente es la fruta 100% natural y un porcentaje, a [REDACTED]. El inspeccionado precisó que este ingrediente es utilizado en los helados de base láctea.

Se identificó también que en uno de sus sabores de fruta se utiliza [REDACTED] pero el operador económico inspeccionado resaltó que se utiliza en una cantidad mínima.

Al respecto, realizó el siguiente análisis:

En la inspección también se evidenció que Gelatomix [REDACTED]

Por otra parte, al realizar la inspección al operador D’ Franlu, se constató que utiliza pailas de bronce para la elaboración de los helados artesanales. En adición, dicho operador económico si utiliza fruta natural, la cual es procesada en la planta. No se constató la presencia de pulpas, colorantes ni preservantes de ninguna naturaleza.

En este orden de ideas, las afirmaciones de Bogati acerca de qué se diferencia de Gelatomix en cuanto al uso de pailas artesanales frente a maquinas industriales, **es cierta**.

Sin embargo, la insinuación de que Gelatomix no utilizaría fruta natural en sus helados es relativa, pues la mayoría de los helados de Gelatomix, utilizan pulpa de fruta natural. Empero, la Intendencia constató que uno de los sabores de fruta utiliza [REDACTED]. En adición, los helados de base láctea cuentan con un ingrediente que, a su vez, entre sus compuestos [REDACTED] de tal forma que la composición del helado tiene como ingrediente principal la fruta. Finalmente, sus helados tienen ciertos [REDACTED] que por motivos de confidencialidad no pueden ser enlistados



en el presente informe, no obstante tendrían como finalidad estabilizar al producto final.⁶⁰

En este orden de ideas, esta Dirección considera que la mención respecto de que Gelatomix no utilizaría pura fruta natural debería haber sido precisada indicando que solo uno de sus sabores utiliza fruta natural más esencia de la misma fruta para resaltar su sabor, más no todos los helados, y que contiene ██████ para estabilizar los helados.

Empero, esta Dirección es consciente de que Bogati no tenía dicha información al momento de difundirla en su publicidad, y tampoco tenía porque conocerla, pues constituye parte de los secretos empresariales de Gelatomix. En este sentido, resulta jurídicamente imposible que Bogati demuestre a ciencia cierta cuáles son los ingredientes de cada uno de los helados de Gelatomix, y en efecto, no lo ha demostrado.

De forma complementaria, el operador Bogati, no debió hacer referencia acerca de la composición de los helados producidos por su competidor, sin tener elementos para poder demostrar sus aseveraciones, pues al hacerlo, sus actos resultan susceptibles de inducir al error al consumidor, al haber sido divulgados a través de Facebook. (El énfasis y lo subrayado es añadido)

En este orden de ideas, el equipo de inspección liderado por el servidor Franklin Arévalo, comprobó, mediante la aludida diligencia, en las instalaciones del proveedor D´Franlu, que lo aseverado por Bogati respecto del uso de pailas artesanales para elaborar sus helados es cierto. Lo propio respecto de la aseveración de que el denunciado utiliza pura fruta natural.

Esta Intendencia concuerda con el criterio de la Dirección, en el sentido de que la aseveración es un mensaje objetivo, y comprobable, y el denunciado pudo demostrarlo en cualquier momento, incluso antes de emitir su publicidad, por lo que hasta allí habría cumplido con su deber de contar con los elementos probatorios respectivos al momento de realizar la publicidad.

En este contexto, el mensaje publicitario debe ser analizado en su integralidad y en contexto con todas las aseveraciones del anuncio publicitario. Bajo esta premisa, esta Intendencia considera que Bogati, al haber insinuado que Gelatomix no utiliza pailas artesanales y que sus productos no tendrían pulpa natural, emitió un mensaje objetivo y comprobable. Empero, al no contar previamente con las pruebas de sus aseveraciones, violó el deber de contar con los elementos probatorios respectivos al momento de realizar la publicidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 27, número 2, inciso segundo de la LORCPM, disposición que establece que, para la difusión de cualquier mensaje comprobable, el anunciante debe contar, en tiempo presente, con las pruebas que sustenten la veracidad del mensaje.

Por otra parte, la Dirección consideró que:

⁶⁰ Con ID 201607, consta el acta y la grabación en audio y video de la inspección llevada a cabo con la autorización del operador económico inspeccionado, en las instalaciones del operador económico Fabián Marcelo Quinteros Vaca, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX, ubicadas en Mariano Hurtado N5234 y Antonio Román, parroquia Cochapamba de esta ciudad de Quito, el día 13 de julio de 2021, las 09h55, la cual ha sido declarada como confidencial mediante providencia de 21 de julio de 2021.



Sin embargo, dado que los helados de Gelatomix son hechos con máquinas industriales y contienen [REDACTED] para estabilizar el producto final, conforme se desprende del video de inspección, esta autoridad estima que los helados del denunciante si bien tienen una base de fruta natural, al tener estos [REDACTED] no serían de pura fruta en un 100%, a diferencia de BOGATI, cuyo proveedor utiliza pura fruta natural.

En este sentido, esta Dirección considera que se han desvanecido los indicios sobre actos de engaño por acción, a través de la publicidad, por parte del operador económico Bogati, en relación con la afirmación de que los helados de Gelatomix no utilizarían pura fruta, pues a más de la pulpa de fruta, contienen los [REDACTED] que cumplen con la función referida *ut supra*.

Al respecto, esta Autoridad disiente de la conclusión arribada por la Dirección, toda vez que 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 de las pruebas que sustente la veracidad”, por lo que en criterio de esta Intendencia, ha incurrido en actos de engaño.

Respecto de la segunda aseveración, relativa a que: **“La crema utilizada por Bogati no es nociva para la salud a diferencia de Gelatomix”**, la esta Intendencia señaló lo siguiente en la resolución de inicio de investigación:

En relación con la aseveración de que la crema no es nociva para la salud, esta Intendencia tiene en cuenta, la garantía de que la crema de los helados de BOGATI no afecta a la salud, no es un acto meramente publicitario, sino un deber legal, de conformidad con las normas sanitarias pertinentes. Por lo que, en una eventual investigación, el anunciante deberá probar que la crema que usa en sus productos no es nociva para la salud.

Sobre este cargo, la Dirección tuvo en cuenta lo indicado por María Elena Jara⁶¹, quien fue citada *ut supra*, respecto a que existen actos de engaño que, si bien no tienen un contenido literalmente falso, pueden inducir al error en el contexto en el cual son emitidos. En este orden de ideas, la DNICPD, en su informe de resultados, esbozó la siguiente argumentación:

Al respecto, esta Dirección considera que si bien es cierto, la crema utilizada por Bogati en sus productos no es nociva para la salud, en el contexto en el que fue emitida a través de la publicidad en Facebook, daría a entender que las cremas utilizadas por los competidores, o en especial Gelatomix, si lo es.

En adición, es menester tener en cuenta que es obligación de todos los operadores económicos que comercializan productos de consumo humano, “...durante el ciclo producción consumo, cumplir con las normas establecidas en esta Ley y demás disposiciones vigentes para asegurar la calidad e inocuidad de los alimentos para consumo humano”, conforme lo establece el artículo 145 de la Ley Orgánica de la Salud.

⁶¹ María Elena Jara, “Protección jurídica contra la competencia desleal en los países de la Comunidad Andina. Pautas para su tratamiento en el Ecuador”, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2003), p62.



Además, el operador económico Bogati, titular de la carga probatoria por ser el anunciante, no entregó indicios sobre el uso de cremas nocivas para la salud por parte de Gelatomix.

En este sentido, el cumplimiento obligatorio de una norma de calidad y salud, y sobre todo ética, como es el caso de utilizar cremas que no afecten la salud, no puede ser utilizado como indicador de diferenciación del resto de productos, que también se presumen son idóneos para el consumo humano.

Esta Intendencia concuerda con el análisis de la Dirección, pero además considera que el mensaje emitido por Bogati, respecto de las cremas que afectarían o no la salud, es objetivo y comprobable, por lo que el anunciante está sujeto al principio de veracidad y al deber de contar con los elementos probatorios respectivos al momento de realizar la publicidad, de conformidad con el artículo 27, número 2, inciso segundo de la LORCPM.

En el presente caso, de acuerdo con los recaudos procesales, Bogati no ha remitido ningún medio probatorio que le haya servido de fundamento para realizar tal alusión respecto de las cremas usadas por Gelatomix en sus productos. En tal virtud, Bogati habría incurrido en actos de engaño hacia los consumidores, a través de manifestaciones que si bien son literalmente veraces, por el contexto en el que fueron emitidas inducen al error al consumidor.

Finalmente, respecto de la aseveración de que: **“El queso utilizado por Bogati no tiene grasa”**, la Dirección realizó el siguiente análisis:

Finalmente, Bogati, en su publicidad a través del video “DEBATE PRESIDENCIAL”, señaló lo siguiente:

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

Bogati afirmó que utiliza un queso sin grasa. Sin embargo, al realizar las entrevistas a los empleados de Bogati, en las inspecciones en la ciudad de Guayaquil, descritas *ut supra*, manifestaron que el queso utilizado es del tipo fresco común, sin que se caracterice por tener menos o más grasa que el utilizado por sus competidores en los helados con queso.

De acuerdo con la norma técnica NTE INEN 1528:2012, relativa a “QUESO FRESCO NO MADURADO”, una de las características del queso fresco es que contiene grasa. En efecto, la referida norma técnica establece la siguiente calificación de quesos frescos, por el parámetro grasa:

- a) Rico en grasa
- b) Enterpo ó grado
- c) Semidescremado ó bajo en grasa
- d) Descremado o Magro

En adición, la norma INEN establece el contenido de grasa de cada uno de los tipos de queso, como



se muestra en la siguiente tabla:

5.1.2 Los quesos frescos no madurados, ensayados de acuerdo con las normas ecuatorianas correspondientes deben cumplir con lo establecido en la tabla 1.

Tipo o clase	Humedad % max NTE INEN 63	Contenido de grasa en extracto seco , % m/m Mínimo NTE INEN 64
Semiduro	55	-
Duro	40	-
Semiblando	65	-
Blando	80	-
Rico en grasa	-	60
Entero ó graso	-	45
Semidescremado o bajo en grasa	-	20
Descremado ó magro	-	0,1

Como queda evidenciado, de acuerdo con esta norma técnica, incluso el queso magro tiene un mínimo contenido de grasa, por lo que la aseveración de BOGATI sería falsa, más aún cuando sus propios empleados señalaron que el queso utilizado es fresco común, que no se diferencia del usado por su competencia por tener menos o más grasa.

En este sentido, esta Dirección considera que se ha configurado la conducta de actos de engaño por acción, al inducir al error en los consumidores, insinuando que los helados Bogati se caracterizan y diferencian del resto de su competencia, especialmente Gelatomix, por utilizar cremas que no son nocivas para la salud, sin haberlos acreditado, o al referirse a una características no real sobre su queso, cuando aquello constituye una obligación legal y ética de todos los operadores económicos.

Esta Autoridad tiene en cuenta que la aseveración sobre el contenido de grasa de un producto se trata de un mensaje objetivo y comprobable, por lo que está sujeto al principio de veracidad y al deber de contar con los elementos probatorios respectivos al momento de realizar la publicidad, de conformidad con el artículo 27, número 2, inciso segundo de la LORCPM.

En este contexto, la Dirección evidenció que el queso usado por Bogati y por Gelatomix, es el denominado “fresco”, y de las diligencias de inspección realizadas, se constató que el queso de ambos operadores económicos no se caracteriza por tener más o en menos grasa que el resto de sus competidores. La Dirección también consideró que de acuerdo con la norma técnica NTE INEN 1528:2012, sobre “QUESO FRESCO NO MADURADO”, todos los quesos frescos tienen grasa, aunque sea en un pequeño porcentaje.

En tal contexto, esta Intendencia concuerda con la Dirección respecto de que se ha configurado la conducta de actos de engaños por inducir al consumidor al error, a través de aseveraciones falsas.

6.6.1.1. Conclusión

De acuerdo con el análisis efectuado por la Dirección y por esta Autoridad, el operador económico Bogati habría incurrido en actos de engaño, en los siguientes parámetros.



En primer lugar, al insinuar que los helados de Bogati son elaborados artesanalmente en paila y con pura fruta, a diferencia de los helados de Gelatomix, emitió un mensaje objetivo y comprobable, por lo que estaba sujeto al principio de veracidad y comprobación. Sin embargo, la prueba de sus aseveraciones estuvo siempre supeditada a que acceda a información sensible de su competidor Gelatomix, por lo que es jurídicamente imposible que haya tenido pruebas de sus aseveraciones al momento de emitir la publicidad. Por lo que, al realizar publicidad sin cumplir con el requisito de contar con pruebas de su mensaje, ineludiblemente cometió actos de engaño hacia los consumidores.

En segundo lugar, al insinuar que “La crema utilizada por Bogati no es nociva para la salud”, a pesar de que pudiera ser literalmente cierta o veraz, en el contexto en que fue emitida, es susceptible para inducir a error a los consumidores respecto del uso de cremas nocivas para la salud por parte de los demás competidores, en especial Gelatomix. En adición, tampoco Bogati remitió prueba alguna de sus aseveraciones. En este contexto, al tratarse de un mensaje comprobable, y al no haber sido comprobado, se ha configurado un acto de engaño.

Finalmente, respecto de la aseveración de que: “El queso utilizado por Bogati no tiene grasa”, al tratarse igualmente de un mensaje objetivo y comprobable, Bogati estuvo en la obligación de demostrarlo. Sin embargo, no lo hizo. Por el contrario, el equipo de investigación liderado por el abogado Franklin Arévalo Vásquez, encontró que el queso usado por Bogati no se distingue por tener en más o menos grasa en relación con sus competidores, en especial Gelatomix. Así, Bogati cometió actos de engaño por haber emitido un mensaje falso.

6.6.2. Actos de denigración

Respecto de los presuntos actos de denigración, la LORCPM, en su artículo 27, número 4, letra a) establece:

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 [...]

Al respecto, en el contexto de la publicidad que comparativa y denigratoria, el autor ⁶²Carlos Lema ha manifestado que:

A través de este requisito, se está contemplando la denigración publicitaria en su más amplio concepto. Como es sabido, la denigración publicitaria “stricto sensu” surge cuando se desacreditan

⁶² Ibídem.



los productos o servicios de algún empresario. Pero la Directiva va más lejos y –en segundo lugar– prohíbe el vilipendio de los signos distintivos de un competidor. En tercer lugar, también alude a la mención de un competidor en la publicidad de un anunciante, para desacreditarlo. Así sucede en el supuesto de la publicidad de tono estrictamente personal, que tiene lugar cuando se mencionan circunstancias ajenas al ámbito empresarial (nacionalidad, raza, ideología). Este supuesto específico de denigración publicitaria debe prohibirse siempre.

La doctrina, María Teresa García, al analizar sobre la publicidad denigratoria en el contexto de una comparación o la mención de marcas de los competidores, explicó que:

Existen otras modalidades de publicidad desleal como la publicidad que provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona o empresa, de sus productos, servicios, actividades o circunstancias o de sus marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos; o aquella otra identificada como publicidad comparativa desleal. Pues bien, estos tipos de publicidad desleal, aunque no provoquen un evidente perjuicio a los consumidores, sí repercuten de manera adversa sobre otros públicos no tan directos de la organización. Perjudica a otros grupos de interés que, si bien, en principio, pueden no comprometer la supervivencia de la empresa por tratarse de públicos no vinculados directamente a sus actividades productivas básicas, sí se ven afectados por sus consecuencias. Por eso, estos grupos se siguen considerando públicos o *stakeholders* de la organización.⁶³

Esta Intendencia, en su resolución de inicio de investigación consideró:

En el presente caso, GELATOMIX remitió a esta Intendencia dos publicidades difundidas a través de RADIO BANDIDA de la ciudad de Ambato, y en la red social Facebook.

En la pauta difundida a través de la frecuencia radial, BOGATI habría hecho alusión a la composición de los helados de GELATOMIX, y su modo de fabricación. Por otra parte, en el video difundido a través de la red social Facebook, en criterio del denunciante, constituye una campaña de desprestigio, que incluye mofa y sarcástica, al realizar una parodia del “DEBATE 2021”.

[...]

Al respecto, esta Intendencia considera en forma preliminar que el video difundido a través de la red social Facebook, contiene aseveraciones que, independientemente de que sean ciertas o no, tienen por objeto desacreditar a GELATOMIX en el mercado, por su tono de ridículo.

En adición, en el video consta que los helados de BOGATI se diferenciarían de los productos de GELATOMIX por lo siguiente:

Actor 2 (Bogati)

Nuestros helados son de paila, 100% fruta, no utilizamos pulpas, ni cremas que afectan a la salud,

⁶³ García Nieto, M.T. (2018): “Relaciones públicas socialmente irresponsables. El caso de la publicidad engañosa y desleal”, *metheados.revista de ciencias sociales*, 6 (1): 108-124. <http://dx.doi.org/10.17502/m.rcs.v6i1.230>



además de tener un queso que no tiene grasa, y lo más importante, les remito, tenemos mejor sabor.

[...]

En referencia al parámetro, “cremas que afectan la salud”, BOGATI no ha precisado cuáles son las cremas aludidas, ni como afectarían la salud. [...]

En relación con el parámetro “queso con grasa”, GELATOMIX no ha precisado si el queso que utiliza tiene grasa o no. [...].

De acuerdo con esta línea de investigación, la Dirección realizó el análisis de los siguientes cargos:

1. En el video difundido a través de Facebook denominado “Debate 2021”, habría existido una campaña de desprestigio, que incluye mofa y sarcasmo respecto de la marca Gelatomix y sus productos.
2. La insinuación sobre la supuesta utilización de cremas que afectan a la salud por parte de Gelatomix.

En relación con el primer cargo, la DNICPD en su informe de resultados, señaló:

El video que fue difundido por Bogati, representó una parodia del debate presidencial, aprovechando la coyuntura de las elecciones de aquel momento, utilizando herramientas de marketing digital para dicho efecto.

BOGATI habría hecho mención a GELATOMIX, utilizando un tono de parodia. Particularmente habría utilizado la palabra de fantasía “ChelatoMesk / Helados Artificiales”, aparentemente haciendo alusión a “GelatoMix / Helados Con Queso”, y haciendo quedar en supuesto ridículo al candidato presidencial identificado como “CHELATOMESK”.

De acuerdo con la investigación de Berzabé Marciani y Raúl Solórzano⁶⁴, la parodia es una figura propia de las artes y la literatura, cuya etimología deriva de los términos “parodios” o “paroidia”, que a su vez devendrían del vocablo “para”, que significa cerca, y del vocablo “ode”, que hace alusión a “canción”. Habría sido utilizada en la Grecia Antigua para referirse a ciertas creaciones artísticas en las que los temas heroicos eran objeto de mofa o involucraban citas cómicas e imitación.

Al respecto, la Dirección consideró hacer un análisis de la libertad de expresión manifestada a través de una parodia, como expresión artística, frente a una parodia que tiene una finalidad concurrencial y por objeto denigrar a un competidor. En particular, señaló:

Es importante tener en cuenta que, al ser una expresión artística y que guarda relación con el uso del lenguaje y la expresión, su uso es protegido pero también regulado y limitado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como parte de la libertad de expresión. Así, el caso

⁶⁴ Berzabé Marciani y Raúl Solórzano, La libertad de expresión y la parodia en el derecho a la Propiedad Intelectual, tomado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085033.pdf>



denominado “La última tentación de Cristo”, en su Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 5 de febrero de 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que “la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”.⁶⁵

Sobre las parodias emitidas en el contexto comercial señaló:

Sin embargo, en el ámbito del derecho marcario, y en general de propiedad industrial, es importante tener en cuenta que los intereses del titular del derecho a la libertad de expresión pueden estar vinculados con intereses concurrenciales en el mercado, a lo que, si la parodia es utilizada para ridiculizar a un competidor, alejándose de la finalidad informativa de la publicidad, pues existiría una línea bastante fina respecto del cometimiento de una práctica desleal.

Así, para Eloisa Maté Carranza y Pol Olivé Busquets⁶⁶ a la hora de analizar una parodia realizada en el ámbito comercial y que se relacione con derechos de propiedad intelectual, es necesario considerar que:

... en el mercado de bienes y servicios en el que las marcas operan, uno de los elementos claves es la información transparente y veraz (art. 9 y 10 de LCD). Eso provoca que la crítica que se haga de la misma deba permitir que el consumidor tome una decisión racional, lo que potencialmente podría generar una información sesgada y posiblemente perjudicial. Si se tiene en cuenta este razonamiento, el derecho de competencia desleal provocará que las marcas tengan una protección superior al derecho de autor en lo que respecta a la parodia, apareciendo la restricción de la parodia como resultado de la mala fe al proporcionar información distorsionada de una marca. Por ello, será raro encontrar casos en los que se parodie directamente atacando una marca ajena, y encontraremos el núcleo mayor de ejemplos enmarcados dentro de una finalidad de crítica social, artística o dentro de un debate público, entre otros. Además, la marca, como signo, cuenta con un doble valor. El primero es el que originalmente se le dio, como signo con función distintiva de productos o servicios y mientras la parodia no sea considerada la marca original, no habrá inconveniente desde el derecho marcario. Pero, además, la marca tiene valor como un poderoso transmisor de información, por ejemplo, de la empresa, de su reputación o de sus valores. Este aspecto no se encuentra regulado en la LM, sino en la Ley de Competencia Desleal y **es aquí donde la parodia de una marca encuentra su principal restricción. Así, las parodias que constituyan un uso marcario o que viertan información distorsionada en el mercado no serán admitidas con base en el art. 12 de la LCD, ya que constituirá una práctica desleal en el mercado el hacer uso de la reputación y la práctica ajena.** Por lo tanto, la restricción surge desde una perspectiva económica, fruto de la racionalidad de impedir que alguien se aproveche del esfuerzo e inversiones del titular.

⁶⁵ Caso citado por

⁶⁶ Eloisa MATÉ CARRANZA y Pol OLIVÉ BUSQUETS, LAS MARCAS Y EL ARTE CONTEMPORÁNEO: UNA RELACIÓN AMOR-ODIO., tomado de <https://www.propiedad-intelectual.dursa.com/blog-propiedad-industrial/item/187-las-marcas-y-el-arte-contemporaneo-una-relacion-amor-odio>



Al realizar el análisis del caso en concreto, argumentó:

Teniendo en cuenta este particular, esta Dirección considera que la parodia de la marca Gelatomix por parte del denunciado, al representarla con un personaje al que ridiculiza, y teniendo en cuenta que a través de la misma incluyó información engañosa a los consumidores, se deslinda de cualquier finalidad netamente artística, y más bien tiene fines concurrenciales que buscan aprovecharse de la reputación de Gelatomix y desprestigiarlo entre los consumidores.

En el caso *in examine*, los actos de denigración se habrían configurado por la ridiculización de la marca de Gelatomix. Al respecto, el artículo 27, número 4, letra c de la LORCPM, determina que cuando la denigración se ha realizado a través de la realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones que, debido al tono de desprecio o ridículo, sean susceptibles de menoscabar el crédito del afectado en el mercado, dichas actuaciones se presumen impertinentes, sin admitir prueba en contrario. En tal virtud, en este punto no cabe aplicar la regla de la *exemptio veritatis*, a favor del presunto infractor, pues sus expresiones no están sujetas a comprobación.

Por este motivo, esta Dirección considera que existen elementos de convicción sobre el cometimiento de actos de denigración.

Al respecto, esta Intendencia concuerda con la Dirección sobre el hecho de que el video “DEBATE PRESIDENCIAL”, se trata de una publicidad parodia que aprovechó la coyuntura de las elecciones presidenciales en Ecuador. La Dirección realizó un análisis de la libertad de expresión y la denigración empresarial, a partir de elementos rescatados de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través del famoso caso “La última tentación de Cristo”.

En cuanto a la jurisprudencia norteamericana, la Corte de Apelaciones del Octavo Circuito no se pronunció sobre una posible defensa del parodista a partir de la Primera Enmienda, y declaró ilícita la parodia, estableciendo que una marca podía ser protegida contra el ridículo.⁶⁷

En este contexto, esta Intendencia comparte el criterio de la Dirección, y considera que en el contexto de una actividad concurrencial, la publicidad comparativa que utiliza una parodia para ridiculizar a un competidor no está cobijada por la protección de la libertad de expresión, puesto que va más allá de una simple expresión artística, y tiene fines comerciales. Por lo tanto, al subsumirse en el artículo 27, número 4 de la LORCPM, no le es aplicable el beneficio de la *exemptio veritatis*, pues nuestra legislación veta expresamente la posibilidad de demostrar aseveraciones que por su tono de ridículo desprestigien a un competidor en el mercado.

Finalmente, respecto del segundo cargo, la Dirección señaló:

Conforme consta en el análisis sobre actos de engaño, la aseveración acerca de que Gelatomix

⁶⁷ TASKER, Tyrone. «Parody or Satire as a Defense to Trademark Infringement». The Trademark Reporter, vol. 77, n. 0 3, mayo-junio, citado por Betzabé Marciani Burgos y Raúl Solórzano Solórzano, en La libertad de expresión y la parodia en el derecho a la propiedad intelectual, tomado de: <file:///C:/Users/franklin.arevalo/Downloads/Dialnet-LaLibertadDeExpresionYLaParodiaEnElDerechoALaPropi-5085033.pdf>



utilizaría queso con grasa, y Bogati, no pudo ser acreditada en favor del denunciado.

Sin embargo, no ha sido comprobado por parte del denunciado su insinuación respecto a que Gelatomix utilice cremas que afecten a la salud. Cabe destacar, que de conformidad con las reglas de la *exemptio veritatis*, le corresponde al presunto infractor demostrar la exactitud, veracidad y pertinencia de sus afirmaciones, tal y como lo establece el artículo 27, número 4 de la LORCPM. Todo lo contrario, conforme lo analizado en la conducta de engaño, es obligación de todos los operadores del sector alimenticio precautelar la inocuidad de los alimentos.

Al no haberse comprobado esta aseveración, existen actos de denigración derivados de este cargo.

Al respecto, esta Intendencia acoge el criterio de la Dirección, por considerar que 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.

6.6.3. Actos de Comparación

Esta conducta desleal es descrita por el legislador en el artículo 27, número 5, en los siguientes términos:

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.

En relación con la conducta bajo análisis, nuestra legislación la define como la comparación de la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, inclusive a través de publicidad comparativa.

En suma, para que la comparación de productos sea ilícita, al amparo de la LORCPM, ésta debe referirse a extremos que no sean análogos, ni relevantes ni comprobables.

María Luisa Llobregat menciona que:

Se deberá por tanto calificar de desleal la publicidad comparativa cuando no cumpla con los requisitos que establece esta norma (la LCD de España), es decir, que los datos que se utilicen en la comparación de la actividad, las prestaciones o el establecimiento de un tercero no sean análogos, relevantes, ni comprobables.⁶⁸

Por otro lado, el autor colombiano Dionisio Manuel De La Cruz, analiza los elementos de los actos de comparación en el marco de la Ley 256 de Colombia. En tal sentido, al estudiar el requisito de la

⁶⁸ María Luisa Llobregat, “Temas de Propiedad Industrial”, (Madrid: La Ley, 2007), pp. 448 y 449.



analogía señala:

“Los extremos objeto de comparación, para que brinden la información que le permita al consumidor tomar la mejor decisión, deben ser análogos o, en otras palabras, que tengan semejanzas entre sí. Semejanzas, más no que se trate de extremos iguales”.⁶⁹

Respecto de la condición de que los extremos comparados sean comprobables, el mismo autor, al citar a Silvia Barona Vilar, explica que:

“En síntesis, lo que se pretende bajo este requisito no es otra cosa que lo que se difunde o manifiesta sea verdadero, dado que si se comprueba la veracidad y objetividad de los datos que se alegan como instrumentos fácticos de la comparación, esta no puede reputarse desleal”.⁷⁰

En este sentido, Silvia Barona Vilar, menciona que: “[L]a aptitud o capacidad de ser probados es aquí importante a los efectos de la consideración de lealtad o no en las actuaciones que se despliegan en el mercado...”.

Esta Intendencia ya se ha pronunciado con anterioridad sobre este elemento, así, en la resolución de 16 de enero de 2020, emitida en el caso No. Expediente No. SCPM-IGT-INICPD-0023-2018, esta Autoridad consideró:

En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico no exige que la comparación sea sobre hechos comprobados, sino “comprobables”, es decir, que trate de una característica o atributo susceptible de ser medidos o cuantificados, de tal suerte que sería ilícita una comparación referente a características subjetivas de los productos, como olor, sabor, apariencia, entre otros. [...]

En este punto resulta importante resaltar que nuestra legislación, en el ámbito de actos comparación, no establece el requisito de que de la información sea apegada a la realidad, es decir, la forma utilizada por el legislador al redactar el numeral 5 del artículo 27 de la LORCPM no estableció como parámetro de la infracción que la comparación sea comprobada, sino únicamente probable.

Lo mismo puede colegirse a partir del precedente de observancia obligatoria desarrollado por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI en el procedimiento seguido por The Coca-Cola Company en contra de Embotelladora Don Jorge S.A.C., tramitado bajo Expediente N° 051-2002/CCD, señala lo que a continuación se cita, sobre la comprobabilidad:

La publicidad comparativa pierde su carácter informativo cuando el anunciante utiliza opiniones o afirmaciones no comprobables, es decir de carácter subjetivo, ya que es imposible para el consumidor comprobar si las supuestas ventajas anunciadas existen en realidad. Esta falta de carácter informativo, es decir de objetividad, provoca que el competidor aludido sufra un daño — materializado en la detracción potencial o real de clientela— sin que el consumidor se vea

⁶⁹ Dionisio Manuel De La Cruz, “La competencia desleal en Colombia”, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014), p. 152.

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 153.



beneficiado por ello. El efecto neto de este tipo de publicidad comparativa es negativo y, por ello, inaceptable para el modelo social de represión de la competencia desleal al que responde el ordenamiento nacional en materia publicitaria.⁷¹

Respecto del parámetro de relevancia, el mismo se encontraba así catalogado por el artículo 10 de la LCD española, hasta antes de la reforma del régimen de competencia desleal llevada a cabo por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre. En tal virtud, la autora Silvia Barona, al estudiar este requisito, citando a Massaguer Fuentes, puntualiza lo siguiente:

“... la relevancia desempeña... un papel contrario en materia de comparación y de engaño: si en aquélla la falta de relevancia determina la ilicitud de la comparación, en ésta permite que la inducción a error no pueda ser considerada desleal...”.

En relación con esta conducta, esta Intendencia realizó el siguiente esquema argumentativo, en la resolución de inicio de investigación:

... esta Intendencia considera que (...) el término “sabor increíble”, que es subjetivo, y no puede ser comprobado objetivamente.

Por otra parte, en el diálogo del video referido, se hace referencia que (...) tiene “el mejor sabor” ...) respecto del parámetro de comparación “el mejor sabor”, esta Autoridad estima que si bien puede ser análogo y relevante para el consumidor, no es comprobable, dado que no puede ser medido de acuerdo con parámetros objetivos, pues el adjetivo cualitativo “mejor”, es subjetivo.

Dicho esto, la Dirección realizó el siguiente análisis respecto de las aseveraciones de Bogati:

Esta Dirección tiene en cuenta el criterio de la Intendencia respecto a que la comparación, es análoga, en la medida en que compara dos productos de iguales características, es decir, helados artesanales.

Respecto de la relevancia, esta autoridad estima que la alusión del sabor de los helados puede ser o no relevante en la medida que así lo considere el consumidor, pero dicho aspecto no es informativo para el usuario, pues eso lo verificará luego de que pruebe el producto y él mismo lo compare con otros productos análogos.

Respecto, de la comprobabilidad, esta Dirección tiene en cuenta el criterio del Superintendente de Control del Poder de Mercado, sobre la diferencia entre comprobabilidad de comprobado, así como la doctrina, citada *ut supra*, según la cual, la comprobabilidad se refiere a la aptitud objetiva que tiene una aseveración de ser comprobada.

En tal virtud, esta Dirección considera que el parámetro “sabor increíble”, resulta subjetivo, y no puede ser comprobado objetivamente, puesto que se trataría de un concepto indefinido y que puede

71 Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI en el procedimiento seguido por The Coca-Cola Company en contra de Embotelladora Don Jorge S.A.C., tramitado bajo Expediente N° 051- 2002/CCD



variar de persona a persona.

Lo propio ocurre respecto del calificativo “el mejor sabor”, que no brinda información relevante para el consumidor, y tampoco cumple con el parámetro de comprobabilidad, toda vez que se trata de un criterio subjetivo y que puede variar de acuerdo con la perspectiva individual de cada consumidor, es decir, lo que puede ser definido como el mejor sabor para “A”, puede no serlo para “B”. En palabras de Silva Barona, la aseveración “mejor sabor” no tendría la aptitud o capacidad de ser probada.

Por este motivo, esta Dirección considera que en el presente caso se ha acreditado comparación indebida, por cuanto los parámetros “sabor increíble” y “mejor sabor”, no pueden ser utilizados para realizar una comparación objetiva o comprobable frente a sus competidores.

Esta Intendencia concuerda plenamente con el análisis de la Dirección, toda vez que considera que la comparación realizada por Bogati frente a Gelatomix, bajo los parámetros “el mejor sabor” y “sabor increíble”, no es objetiva ni comprobable. Al no estar sujeta a verificación objetiva, la comparación bajo los indicadores aludidos ha sido indebida.

En adición, esta Intendencia tiene en cuenta que en el presente caso, la publicidad comparativa se habría dado a través de mensajes publicitarios que hicieron referencia explícita a los signos distintivos de Gelatomix, conforme se ha acreditado en este expediente.

Al respecto, esta Intendencia tiene en cuenta que si bien, de acuerdo con el artículo 367 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, la titularidad de un signo distintivo le otorga al operador económico que la ostenta, el derecho de impedir a terceros el uso no adecuado de su marca, el empleo de publicidad comparativa que use en forma directa la marca de un competidor no entra dentro de esta protección. Así, los artículos 369 y 370 del mismo código preceptúan:

Art. 369.- Uso de la marca por parte de terceros con propósitos informativos.- Siempre que se haga de buena fe y no constituya uso a título de marca, los terceros podrán, sin consentimiento del titular de la marca registrada, utilizar en el comercio su propio nombre, domicilio o seudónimo; un nombre geográfico; o, cualquier otra indicación cierta relativa a la especie, calidad, cantidad, destino, valor, lugar de origen o época de producción de sus productos o de la prestación de sus servicios u otras características de éstos; siempre que tal uso se limite a propósitos de identificación o de información y no sea capaz de inducir al público a error sobre la procedencia de los productos o servicios.

Art. 370.- Uso de marca para anuncio.- El registro de la marca no conferirá a su titular el derecho de prohibir a un tercero usar la marca para anunciar, inclusive en publicidad comparativa, ofrecer en venta o indicar la existencia o disponibilidad de productos o servicios legítimamente marcados; o, para indicar la compatibilidad o adecuación de piezas de recambio o de accesorios utilizables con los productos de la marca registrada; siempre que en ambos casos tal uso sea de buena fe, se limite el propósito de información al público para la venta y no sea susceptible de inducirlo a error o confusión sobre el origen empresarial de los productos respectivos.

De la misma manera, el primer párrafo del artículo 157 de la Decisión 486 permite que agentes



económicos (terceros), sin necesidad del consentimiento del titular de una marca registrada, realicen ciertos actos en el mercado respecto de la utilización de dicha marca “siempre que ello se haga de buena fe, no constituya uso a título de marca, y tal uso se limite a propósitos de identificación o de información y no sea capaz de inducir al público a confusión sobre la procedencia de los productos o servicios”.⁷² En efecto, dicha disposición jurídica de carácter comunitario señala

Artículo 157.- Los terceros podrán, sin consentimiento del titular de la marca registrada, utilizar en el mercado su propio nombre, domicilio o seudónimo, un nombre geográfico o cualquier otra indicación cierta relativa a la especie, calidad, cantidad, destino, valor, lugar de origen o época de producción de sus productos o de la prestación de sus servicios u otras características de éstos; siempre que ello se haga de buena fe, no constituya uso a título de marca, y tal uso se limite a propósitos de identificación o de información y no sea capaz de inducir al público a confusión sobre la procedencia de los productos o servicios.

El registro de la marca no confiere a su titular, el derecho de prohibir a un tercero usar la marca para anunciar, inclusive en publicidad comparativa, ofrecer en venta o indicar la existencia o disponibilidad de productos o servicios legítimamente marcados; o para indicar la compatibilidad o adecuación de piezas de recambio o de accesorios utilizables con los productos de la marca registrada, siempre que tal uso sea de buena fe, se limite al propósito de información al público y no sea susceptible de inducirlo a confusión sobre el origen empresarial de los productos o servicios respectivos.

El Comité de Desarrollo y Propiedad Intelectual (CDIP) de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual⁷³ ha señalado que:

La utilización con fines de publicidad comparativa y, de forma general, la utilización con fines informativos en el contexto de la publicidad podrá escapar de la esfera de los derechos exclusivos del propietario de la marca por motivo de que dicha evocación de la marca con fines de comparación o informativos no será percibida por los consumidores como una indicación del origen comercial. Sin embargo, los informes no indican una tendencia mundial coherente en lo que se refiere a la publicidad comparativa.

En este sentido, esta Intendencia tiene en cuenta que la titularidad de la marca no le permite al operador económico prohibir a terceros el uso explícito y directo de la misma, siempre y cuando, al hacerlo, el tercero no cometa alguna de las prácticas desleales tipificadas en la LORCPM, en el presente caso la publicidad comparativa. En este contexto, no estaba vedado a Bogati hacer referencia explícita al signo distintivo de Gelatomix. Lo que le está prohibido es hacerlo en forma denigratoria o engañosa, conforme se analizó en los acápites correspondientes a dichas conductas.

Pero además, está prohibido realizar una comparación, que si bien es análoga, no es relevante ni

⁷² Hugo R. Gómez Apac y Karla Margot Rodríguez Noblejas, Nuevos criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Junio 2016 – Junio 2019) Propiedad intelectual, libre competencia, comercio internacional, derecho tributario, telecomunicaciones, transporte y minería ilegal, Universidad San Gregorio de Portoviejo, p. 262.

⁷³ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Comité de Desarrollo y Propiedad Intelectual, Estudio Sobre La Apropiación Indevida De Signos – Resumen, CDIP/9/INF/5.



objetiva o comprobable, pues al hacerlo, su publicidad se deslinda de uno de los más importantes fines, el informativo hacia los consumidores, volviendo de esta forma en ilícita la comparación, tal y como lo ha señalado adecuadamente la Dirección.

En tal virtud, al haber utilizado indebidamente el signo distintivo de Gelatomix, esta Intendencia considera que se han configurado los elementos de convicción sobre el cometimiento de actos de comparación indebida, de acuerdo con el artículo 27, número 5 de la LORCPM, por parte de Santiago Castro, titular de la marca y franquicia Bogati. En este contexto, también existen elementos indiciarios sobre la infracción de los derechos intelectuales del denunciante.

6.7. Consideración sobre el cometimiento de prácticas desleales y el falseamiento de la competencia

Al respecto, es importante anotar que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de la INICPD, conoce de actos de competencia desleal; sin embargo, sus facultades y atribuciones están limitadas por las distintas disposiciones normativas contenidas en la Ley.

En este sentido, la norma establece aquellas conductas, que conforme su cualificación, constituyen una infracción que amerita ser sancionada.

En tal virtud, el bien jurídico tutelado por la LORCPM, entre otros, es precisamente la concurrencia justa y competitiva de los operadores económicos en el mercado.

En este orden de ideas, el artículo 25 de la LORCPM, en su parte pertinente establece:

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...

En línea con lo anterior, conforme la cláusula general contenida en el artículo 25 de la LORCPM, constituyen prácticas desleales todos los hechos, actos o prácticas contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas. Por lo que, las conductas enlistadas en el artículo 27 de la LORCPM, son aquellas que el legislador ha catalogado como deshonestas, sin que dicho catálogo sea taxativo.

Por su parte, el artículo 26 de la LORCPM, establece en su parte pertinente:

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.

En consecuencia, las prácticas desleales, en el marco de la LORCPM, son aquellas conductas contrarias a los usos o costumbres honestos que impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la



competencia, atente 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 referido, en el caso ecuatoriano, existe la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, norma que además de sancionar el abuso de poder de mercado, los acuerdos restrictivos de la competencia, el control y regulación de las operaciones de concentración económica, busca 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”. (Énfasis añadido)

En este contexto, tanto la cláusula general y las conductas de competencia desleal se encuentran necesariamente concatenadas con los parámetros de cualificación contenidos en el artículo 26, y en el ya indicado, artículo 5 del mismo cuerpo legal.

En particular, el artículo 26 de la LORCPM ordena la prohibición y sanción de aquellas conductas desleales que afecten el orden público económico:

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.**

Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia. (Énfasis añadido)

Entonces, en virtud del artículo 26 de la LORCPM, solo serán objeto de prohibición y sanción en el marco de la LORCPM, los actos de competencia desleal que afecten real o potencialmente el régimen de competencia; es decir, 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 dentro del mercado relevante determinado.

En tal sentido, 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.

Al respecto, la doctrina ha señalado:

... el requisito de afectación al orden público, que en el caso colombiano y en la mayoría de países es excepcional, en Ecuador es la regla. En efecto, en el caso ecuatoriano todo acto de competencia desleal que se conoce por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado debe tener por característica impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios (art. 26,



LORCPM). De no encontrarse en esta situación, se convierte en un acto de competencia desleal para conocimiento ante jueces de lo civil, que no cuenta con todos los mecanismos preventivos que pueden ser dispuestos por la SCPM.⁷⁴

En tal sentido, para que una conducta desleal sea prohibida o sancionable, conforme la LORCPM, no basta con acreditar la simple existencia del acto o hecho deshonesto, sino que, además, resulta indispensable determinar si la conducta investigada **impide, restringe falsea o distorsiona el orden público en el mercado relevante.**

Ahora bien, en el caso concreto, la Dirección en su informe de resultados, determinó:

Por lo tanto, con relación al análisis del falseamiento de la competencia basado en el estudio de la naturaleza de la conducta, público afectado, así como a la cuantificación de la afectación generada por la práctica desleal, la **DNICPD concluye que, de acuerdo a la estructura de mercado, el análisis de cuotas de participación e incidencia del operador económico investigado, difícilmente, un operador con las características del denunciado podría falsear el régimen de competencia.**

En relación a la influencia del público objetivo, esta Dirección, identificó que los elementos utilizados en la publicidad analizada en el presente expediente, mantienen relación con características importantes para el consumidor, como lo son; el sabor y calidad. En este sentido, entre otros, al no ser veraces sí que podrían direccionar la compra con otros productos.

Sin embargo, del análisis de la cuantificación de los posibles efectos de las conductas denunciadas, esta Dirección evidencia, que **BOGATI al representar menos del 1% en el año 2019 y menos del 4,6% en el año 2020, mantener tasas de crecimientos y decrecimientos acorde al funcionamiento del mercado y ubicarse en el sexto lugar frente a sus competidores, no mantiene incidencia en el mercado relevante determinado.** Menos aún, al cuantificar el alcance de la publicidad relacionado con los hechos denunciados, **debido a que su duración fue menos de dos meses, y que los mismos fueron retirados, y no se han identificado nuevos elementos que deban hacer analizados, esta Dirección concluye que el operador SANTIAGO RENE CASTRO NÚÑEZ, titular del nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO, no puede falsear el régimen de competencia de conformidad con el artículo 26 de la LORCPM.** (Énfasis añadido)

En este sentido, esta Autoridad, respecto del análisis del falseamiento al régimen de competencia concluyó:

Conforme al análisis realizado, esta Intendencia concuerda con la DNICPD, que el **operador económico BOGATI no contaría con una participación representativa en el mercado de los helados artesanales en los años 2019 y 2020**, considerando que el año 2020 a partir de julio de 2020 tuvo una tasa crecimiento promedio del 30%, frente a su competidor

⁷⁴ María Elena Jara, *La protección contra la competencia desleal en la LORCPM*, en “Derecho Económico Contemporáneo”, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2017), 225.



GELATOMIX, unos de los líderes del mercado de los helados artesanales, que a partir de agosto de 2020 tuvo una tasa de crecimiento del 62%.

De igual manera, esta Autoridad considera lo referido por la DNICPD, por cuanto, si bien hasta la fecha no se podría cuantificar las cuotas de participación del año 2021, se ha demostrado que desde el año 2017, 2018, 2019 y 2020 al menos hasta el mes de enero de 2021, 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 (...)**

(...) Por el análisis realizado por la DNICPD, y referido anteriormente, esta Autoridad **concuerta con la DNICPD, que la publicidad relacionada con las conductas denunciadas en el presente expediente no habría tenido un alcance suficiente para generar un efector directo en el mercado relevante determinado**, de tal manera que únicamente habría estado un día y dos al aire y a la fecha habría sido retirado, así como del reporte de frecuencia, se identificó un alcance, únicamente a 1.500 oyentes.

(...) Con base en los lineamientos desarrollados por la Dirección, esta Intendencia, **en virtud del mercado relevante determinado, considera que el operador económico investigado, no tendría la capacidad suficiente para falsear el régimen de competencia dentro de este mercado relevante, lo indicado con sustento en lo dispuesto en los artículos 5 y 26 de la LORCPM.**⁷⁵

En este sentido, la poca duración de la conducta, sumada al hecho de que la cuota de mercado de Bogati en el mercado relevante del cual participa es ínfima como para falsear la competencia, esta Intendencia descarta que el cometimiento de prácticas desleales que hayan falseado la competencia de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la LORCPM.

Por este motivo, únicamente se destaca que han existido indicios sobre la infracción de los derechos intelectuales del denunciante, al usar su marca para realizar publicidad comparativa ilícita.

Al respecto, el primer inciso del artículo 31 del Reglamento de la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado determina:

“Art. 31.- Denuncia ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Si presentada una denuncia por la presunta comisión de prácticas desleales ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dicha autoridad determina, durante la etapa preliminar o al concluir la etapa de investigación, **que únicamente se discuten cuestiones relativas a la propiedad**

⁷⁵ En concordancia con el artículo 80 de la LORCPM.



intelectual entre pares y que tales prácticas no podrían producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores o usuarios, remitirá el expediente a la autoridad competente en materia de propiedad intelectual, la que avocará conocimiento y resolverá de conformidad con la ley que regule la propiedad intelectual y con el ordenamiento jurídico. (Énfasis añadido)

En tal virtud, al identificar posibles prácticas desleales que **no podría producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores o usuarios** y está relacionada con la infracción de derechos de propiedad intelectual, la INICPD considera que, podría encasillarse en el marco de las atribuciones del SENADI.

6.8. Sobre las medidas preventivas emitidas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia

El escrito y anexos de 19 de enero de 2021, las 09h24, con ID 182177, en los que Fabián Marcelo Quinteros Vaca, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX, portador de la cédula de ciudadanía No. 1704480787, presentó una denuncia en contra del operador económico SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ, titular del nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO y de la marca BOGATI y en la que solicitó la adopción de medidas preventivas conforme el artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM).

El Informe de Medidas Preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2021-021-I de 24 de febrero de 2021, la Intendencia concluyó lo siguientes:

Existe apariencia de buen derecho sobre el cometimiento de prácticas desleales de denigración y comparación indebida tipificadas en los numerales 4 y 5 del artículo 27 de la LORCPM, por parte de BOGATI, en su publicidad en la que hace referencia a GELATOMIX.

En virtud de que las conductas denunciadas continuarían realizándose, esta Intendencia considera que existe peligro en la demora de adopción de medidas preventivas.

Las medidas preventivas solicitadas por GELATOMIX 1, 2 y 3, reúnen los requisitos establecidos en los artículos 62 de la LORCPM y 74 del RLORCPM, en cuanto a la proporcionalidad, necesidad, e intensidad, en relación con el peligro en la demora.

La medida preventiva número 4, a criterio de esta Intendencia, no sería necesaria ni proporcional en relación con el objeto de la denuncia, en el presente caso. Lo indicado, sin perjuicio que en una eventual investigación la Intendencia cuente con los elementos suficientes para sugerir la adopción de medidas preventivas por posibles actos de engaño u otras conductas.

La resolución de 10 de marzo de 2021, la CRPI en lo principal dispuso al operador económico SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ, titular del nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO y de la marca BOGATI, que:

“...i. Se dispone al operador económico SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ, titular de la marca y nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO, el cese inmediato de la publicidad que ha sido objeto de la presente denuncia, emitida en la radio 89.7FM de la ciudad de Ambato y en



cualquier medio físico y digital, redes sociales, páginas web, entre otros.

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

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

El memorando N.º SCPM-CRPI-2021-363 de 10 de marzo de 2021, por medio del cual, la CRPI notificó a la INICPD la resolución en la que aceptó parcialmente las medidas preventivas solicitadas por el operador económico FABIÁN MARCELO QUINTEROS VACA, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX., dentro del expediente SCPM-CRPI-004-2021; y dispuso a la INICPD:

(...)Presentar un **informe semestral** a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, mediante el cual se verifique el estricto cumplimiento de las medidas preventivas, **en base de una declaración juramentada** que deberá presentar cada 6 meses el operador económico SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ, nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO. (Énfasis añadido)

El informe de seguimiento de medidas preventivas N.º. N.º. SCPM-IGT-INICPD-2021-052-I, de 1 de septiembre de 2021, la Intendencia en su parte pertinente concluyó:

De la declaración juramentada presentada por SANTIAGO RENÉ CASTRO NUÑEZ, titular de la marca y nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO y de la publicidad analizada en las redes sociales y página web de dicho operador, se constata que el operador económico BOGATI HELADOS CON QUESO **no ha realizado publicidad alguna que aluda directa o indirectamente a GelatoMix y/o sus productos y además habría eliminado cualquier publicidad en la que pueda referirse de manera directa o indirecta con el operador económico mencionado**. En ese sentido, esta Autoridad no identifica elementos que podrían ser contrarios a las medidas preventivas contenidas en los literales i), ii) y iii) de la resolución de 10 de marzo de 2021, expedida por la CRPI. (Énfasis añadido)

El escrito de 09 de septiembre de 2021, con ID 206799, Santiago René Castro Núñez, en calidad de titular de la marca comercial Bogati, en particular solicitó:

Al amparo de lo que el Intendente de Prácticas Desleales ha concluido y considerando el buen comportamiento de Bogati, ratificando que no se volverá a emitir piezas publicitarias que hagan referencias a competidores y cuya naturaleza pueda hacer que tales competidores se sientan aludidos, tras haber reflexionado como consecuencia del presente proceso, solicito a su autoridad de la manera más comedida que revoque las medidas preventivas interpuestas en contra de mi representada.

La providencia de 13 de septiembre de 2021, notificada mediante memorando N.º SCPM-CRPI-2021-1468, de 13 de septiembre de 201, la CRPI en su parte pertinente dispuso:



SOLICITAR a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales que en el término de **treinta (30) días**, a partir de la notificación de la presente providencia informe sobre la procedencia de la solicitud de revocatoria de medidas preventivas presentada por el operador económico SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ, nombre comercial BOGATI, a través de escrito de 09 de septiembre de 2021 a las 10h11. (Énfasis añadido).

Sin embargo, conforme el análisis expuesto en esta resolución, al no existir indicios sobre el falseamiento de la competencia, tampoco existiría mérito para mantener las referidas medidas preventivas.

Además, es importante señalar que conforme el artículo 78 del RLORCPM, que establece: “... *Las medidas preventivas cesarán en el plazo que establezca el órgano que lo disponga o cuando se adopte la resolución que ponga fin al procedimiento...*”, en consecuencia esta Intendencia al poner fin al procedimiento cesaron las medidas preventivas dictadas por la CRPI.

SÉPTIMO: RESOLUCIÓN

En uso de las atribuciones establecidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y con base en los fundamentos de hecho, de derecho y análisis económico y jurídico realizado, esta Autoridad **RESUELVE**:

PRIMERO: Acoger el Informe de Resultados. No. SCPM-INICPD-DNICPD-013-2021, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, con fecha 14 de octubre de 2021, que consta en el expediente con el ID 210593.

SEGUNDO.- Ordenar el archivo la investigación en contra del operador económico SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ, 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.

TERCERO.- Una vez que el presente acto administrativo haya causado estado, notifíquese la presente resolución a la Intendencia General Técnica y se proceda a la publicación, en su versión pública, de la presente resolución conforme lo dispuesto en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento.

CUARTO.- En aplicación del artículo 26, inciso último de la LORCPM, en concordancia con el artículo 31 del RLORCPM y con el artículo 35 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, al determinarse que los supuestos actos de comparación y denigración se relacionan el uso indebido y la vulneración de derechos marcarios de Fabián Marcelo Quinteros Vaca, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX, con Registro Único de Contribuyentes, No. 1704480787001, y la posible afectación a la denunciante en particular, remítase copia del expediente al Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, para los fines pertinentes.

QUINTO. – Notifíquese con el contenido de esta resolución a la Comisión de Resolución de Primera



Instancia, a fin de que la tome en cuenta en el marco de las medidas preventivas dictadas en contra del operador económico SANTIAGO RENE CASTRO NÚÑEZ, titular del nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO, con Registro Único de Contribuyentes, No. 1804093787001.

SEXTO. – Continúe actuando como secretaria de sustanciación la abogada Wendy Paola Betancourt Zurita.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**-



Abg. Carlos Andrés Álvarez Duque
**INTENDENTE NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS
DESLEALES**