



INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES

Expediente No. SCPM-IGT-INICPD-015-2021

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES.- Quito D.M., 15 de noviembre de 2022.- **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

- La denuncia y anexos presentada por el señor Arnaldo Francisco Peña Muentes, en calidad de Gerente General del operador UPFIELD ECUADOR CIA. LTDA (en adelante UPFIELD o denunciante), el 07 de septiembre de 2021, con ID 206546, en contra del operador ALES, por el presunto cometimiento de prácticas desleales.
- La providencia de 21 de septiembre de 2021, la Intendencia en su parte pertinente dispuso al operador UPFIELD:

“De la revisión integral de la denuncia, esta Intendencia ha evidenciado que la misma **no es clara y completa**, conforme establecen los requisitos legales contenidos en el artículo 54 de la LORCPM.

En tal sentido, previo a avocar conocimiento y por cuanto la denuncia referida **no reúne los requisitos establecidos en el artículo 54 literales c) y d)** de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, conforme establecen los artículos 55 de la LORCPM y 60 de RLORCPM, se **concede al denunciante el término de tres (3) días** contados a partir de la notificación de la presente providencia, a fin de que **aclare y complete** la denuncia en función de los literales referidos ut supra.” (Énfasis añadido)

- El escrito de 22 de septiembre de 2021, con ID 208150, el operador UPFIELD en su parte específica aclaró y completó la denuncia conforme lo dispuesto en providencia de 21 de septiembre de 2021.
- La providencia de 27 de septiembre de 2021, la Intendencia en su parte pertinente dispuso:

QUINTO.- De la calificación de la denuncia.-

El artículo 55 de la LORCPM, en su parte pertinente preceptúa:

Art. 55.- Calificación de la denuncia.- Una vez recibida la denuncia, el órgano de sustanciación verificará que la misma reúna los requisitos establecidos en el artículo



anterior. Si la denuncia no cumpliere los requisitos de ley, se otorgará al denunciante el término de tres días para que la aclare o complete. Si no lo hiciera dentro del término señalado, sin más trámite se ordenará su archivo.

Si la denuncia cumple los requisitos establecidos en el artículo anterior, o si es aclarada o completada por el denunciante, en el término de tres días (3 días) el órgano de sustanciación correrá traslado al presunto o presuntos responsables con la denuncia para que presenten explicaciones en el término de quince (15) días. (Énfasis añadido)

De la revisión integral de la denuncia y escrito por medio del cual el operador completó y aclaró la denuncia, esta Intendencia ha **evidenciado que la misma es clara y reúne los requisitos legales establecidos en el artículo 54 de la LORCPM**, por lo que se la considera completa.

En tal sentido, **AVOCO conocimiento de la denuncia presentada por el operador económico UPFIELD ECUADOR CIA. LTDA., en contra del operador ALES C.A., por el presunto cometimiento de la prácticas desleales en la modalidad de actos de **confusión e imitación**, tipificados en los numerales 1 y 3 letra b) del artículo 27 de la LORCPM.**

SEXTO.- A efectos de garantizar el debido proceso consagrado en la Constitución de la República y en función de las atribuciones establecidas en la LORCPM, en lo principal

DISPONGO:

6.1.- Abrir el expediente signado con el N.º SCPM-IGT-INICPD-015-2021.

6.2.- A efectos de garantizar el debido proceso, derecho a la contradicción y conforme lo dispuesto en el artículo 55 de la LORCPM, en concordancia con el artículo 60 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, **córrase traslado con la denuncia, anexos a la misma y escrito por medio del cual el operador UPFIELD, completó y aclaró la denuncia, al operador ALES C.A., a fin de que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación con la presente providencia, el operador denunciado presente sus explicaciones.** (Énfasis añadido)

- El escrito de explicaciones y anexo presentado por el operador ALES C.A., el 18 de octubre de 2021, con ID 210661, el operador atendió lo dispuesto por la Intendencia.
- La resolución de inicio de investigación, de 08 de noviembre de 2021, que en su parte pertinente la Intendencia resolvió:

PRIMERO.- Ordenar el inicio de una investigación dentro del expediente N.º SCPMIGT-INICPD-015-2021, en contra del operador económico ALES C.A., por el presunto cometimiento de las conductas tipificadas en los numerales 1 y 3 letra b) del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

SEGUNDO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 62 del RLORCPM, establecerá su plazo de duración que no podrá exceder de ciento ochenta (180) días, prorrogables hasta por ciento ochenta (180) días adicionales por una sola vez...



- La resolución de prórroga de investigación, de 06 de mayo de 2022, en la que en su parte pertinente la Intendencia resolvió:

PRIMERO.- Conforme lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, prorroguese la duración de esta investigación por un plazo máximo de 180 días adicionales, los cuales serán computados a partir del fenecimiento del plazo contenido en la resolución de 08 de noviembre de 2021.

- El Informe de Resultados de la Investigación N.º SCPM-INICPD-DNICPD-012-2022 de 01 de noviembre de 2022, ingresado con ID 256868, emitido por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

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.

Además, el artículo 37 establece:

Art. 37.- Facultad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado **asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación** del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, **de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley**; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica.

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. (Énfasis añadido)

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".

Asimismo, el artículo 58 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM), determina:

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.

2.5. Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la SCPM (en adelante Estatuto)

De conformidad con lo que prevé normativa constitucional, legal y reglamentaria referida, así como el artículo 10, numeral 1.2.2.2. Gestión Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la SCPM, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, es el órgano competente para:

“... Ordenar el archivo de los expedientes, en caso de no existir mérito para la prosecución de



la instrucción del procedimiento, por ser satisfactorias las explicaciones o excepciones presentadas por los operadores económicos, en materia de prácticas desleales”,

“Emitir las providencias, resoluciones, informes de medidas preventivas, informes que contienen medidas correctivas y/o sancionatorias y otros instrumentos en materia de prácticas desleales, conforme la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, su Reglamento y legislación conexas (...)”

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.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES

En calidad de denunciante, UPFIELD DEL ECUADOR CIA. LTDA., (en adelante UPFIELD), con RUC 1792879795001, cuyo representante legal es la señora JASSENIA CORINA GAONA REYES con número de cédula 0922100599. Conforme la información del Servicio de Rentas Internas, el operador económico habría iniciado sus actividades el 08 de junio de 2018.

El denunciante señaló como domicilio para futuras notificaciones, los correos electrónicos: farosemena@propiedadintelectual.com.ec; miarosemena@propiedadintelectual.com.ec; y rmolina@coronelyperez.com.

En calidad de denunciado, INDUSTRIAS ALES C.A., (en adelante ALES), con RUC 1390000991001, cuyo representante legal es el señor JUAN FRANCISCO RUIZ ECHEVERRIA con número de cédula 1705932042. Conforme la información del Servicio de Rentas Internas, el operador económico habría iniciado sus actividades el 27 de noviembre de 1943.

El denunciado señaló como domicilio para futuras notificaciones, los correos electrónicos: lmartin@lexvalor.com y jalmeida@lexvalor.com.

QUINTO.- CONTEXTO DE LA INVESTIGACIÓN

A efectos de realizar el análisis jurídico de las conductas desleales investigadas, esta Intendencia considera necesario sintetizar las argumentaciones de las partes procesales, la resolución de inicio de investigación, así como el criterio de la Dirección recogido en su Informe de Resultados, lo cual permitirá formar el criterio técnico que requiere este Órgano para resolver conforme a derecho.

5.1. Resolución de inicio de investigación

Esta Intendencia, mediante resolución de 08 de noviembre de 2021, respecto de las conductas



desleales trazó la siguiente línea argumentativa:

En relación con los actos de confusión, esta Intendencia consideró:

... esta Intendencia procede con el análisis jurídico, en los siguientes términos:

- **Análisis de los empaques**

Con base en las consideraciones *ut supra*, esta Autoridad procede analizar los empaques de los operadores UPFIELD y ALES, de manera preliminar, respetando los precedentes establecidos por el Tribunal Andino, es decir, este Órgano de investigación analizará el conjunto de los elementos que conforman los empaques de “BONELLA” y “NATURELLA”, a fin de identificar si existen indicios de la conducta denunciada.

En este punto, es importante resaltar que, en virtud de que en las diferentes presentaciones de los productos (BONELLA y NATURELLA), contienen los mismos elementos visuales en sus empaques, esta Intendencia a continuación analizará, a manera de ejemplo, los elementos que componen la presentación del empaque de 500g.

- **Empaques materia de análisis**

UPFIELD



ALES



Fuente: ID 209450 e ID 208386.

De los gráficos ejemplificados, al analizar los elementos que componen los envases, esta Autoridad a continuación resalta y analiza los gráficos y colores que podrían guardar semejanza entre los empaques, en los siguientes términos:

Empaque del operador UPFIELD





Empaque del operador ALES



Ahora bien, de la revisión al empaque y envase de la empresa UPFIELD, esta Intendencia identificó los siguientes elementos:

- a)** la marca (BONELLA) del producto mantiene letras de color azul, dentro de un fondo de color blanco;
- b)** la tapa del envase es de color verde;
- c)** tanto en el lado superior izquierdo, como en el inferior derecho, el empaque tiene hojas de color verde;
- d)** en el centro del empaque consta un gráfico representativo al sol;
- e)** el envase es de color amarillo; y,
- f)** en el lado superior derecho del empaque, se visualiza la palabra “vital” de color verde, con una sombra de color blanco.

Por otra parte, de la revisión al empaque y envase del operador ALES, esta Autoridad identificó las siguientes características:

- a)** la marca (NATURELLA) del producto mantiene letras de color azul, con bordes de color blanco;
- b)** la tapa del envase es de color verde;
- c)** tanto en el lado superior izquierdo, como en el inferior derecho, el empaque tiene hojas de color verde;
- d)** en el centro del empaque, constan unos gráficos que serían una figura representativos al sol y a las montañas;
- e)** el envase es de color amarillo;



- f) el nombre del fabricante (ALES) consta del lado superior izquierdo con letras rojas; y,
- g) en el lado superior derecho, consta un gráfico representativo a un corazón de color rojo, con el centro de color blanco.

Con base en los elementos identificados, a *prima facie*, esta Autoridad observó que los operadores UPFIELD y ALES, estarían utilizando ciertas características similares en sus empaques, esto es, 1.- el colores **verde** de la **tapa** y las **hojas**; 2.- **amarillo** del **envase**; 3.- **azul** de las **letras**; 4.- **blanco** del fondo de las **letras de la marca**; y, 5.- el **sol** en el **centro** del empaque.

En este sentido, del análisis integral de los **elementos de los empaques**, así como la **disposición de los gráficos** utilizados por UPFIELD y ALES, a criterio de este Órgano de investigación, *a priori*, el empaque de ALES tendría la capacidad de crear cierta confusión en los consumidores, frente al producto BONELLA del operador UPFIELD (...)

(...) En este sentido, esta Autoridad a *prima facie*, considera que las **denominaciones mantienen identidad propia**, y las dos podrían converger en el mismo mercado, en tanto que del **pronunciamiento completo** de las denominaciones, se logra diferenciar entre los nombres “BONELLA” y “NATURELLA”.

En este orden de ideas, la conjunción de las denominaciones, a *priori*, podrían ayudar a que los **consumidores identifiquen** el nombre del producto, empero, para determinar si es anticompetitivo, resulta necesario que esta Intendencia examine íntegramente los las etiquetas de los empaques plásticos, a fin de colegir, si el uso de los elementos subrayados *ut supra*, tienen la capacidad de crear confusión en la percepción de los consumidores (...)

(...) Sin embargo, para el caso en concreto, en materia de competencia, no es necesario o requisito, identificar que un operador tiene o no el registro del diseño otorgado por la autoridad competente, por el contrario, las conductas son desleales, cuando estas pueden afectar el régimen de competencia y el interés general, conforme estatuye el artículo 26 de la LORCPM.

En consecuencia, para el análisis del caso, es importante identificar qué operador inicialmente comercializó su producto **con el diseño de etiqueta controvertido**, y el periodo que el producto estaría en el mercado con el **envase analizado**, en tanto que para que se configure los actos de confusión, conforme se esbozó líneas arriba, los elementos que componen los empaques, deben ser **aprehendidos por medios sensoriales y asimilados por la inteligencia de los consumidores (...)**

(...) De la información *ut supra*, esta Intendencia a *prima facie*, identificó que la nueva presentación de BONELLA, habría sido modificada desde **mayo de 2019**, sin embargo, debido a la etapa procesal en la que se encuentra el expediente, es difícil identificar el periodo en el que el producto, efectivamente inició a comercializarse con su nueva presentación.

En este sentido, a *priori*, se identificó que UPFIELD habría modificado la presentación de su producto BONELLA desde el año 2019, por lo cual, los consumidores debido a características visuales específicas, podrían haber **captado ciertos elementos** para identificar el producto, en consecuencia, debido al presunto uso indebido de ciertos elementos que componen los empaques controvertidos, pudo haberse creado cierta confusión entre los productos BONELLA y NATURELLA (...)

(...) De los cambios remitidos por ALES, esta Autoridad resalta lo siguiente:

Presentación inicial Presentación sugerida

MODIFICACIONES PROPUESTAS	GRÁFICA ORIGINAL	NUEVA GRÁFICA
Cambio del color celeste de NATURELLA a Morado - Pantone Medium Purple C)		
Cambio de la figura de hojas a figura de montañas en tono verde oscuro (Pantone 348C)		
Incremento tamaño de logo ALES, retiro X hojas laterales del producto, cambio de color Naturella a morado, cambio del fondo del empaque a amarillo intenso (Pantone 102C)		

De la imagen inserta *ut supra*, esta Intendencia resalta los siguientes hitos:

1. ALES elimina las hojas verdes de la parte superior izquierda e inferior derecha.
2. Acentúa más la imagen que ejemplificaría unas montañas de color verde, y el sol en ellas.
3. Incrementaría el nombre de la empresa fabricante (ALES).
4. El color (amarillo) del empaque, sería de una tonalidad más oscura.

Al respecto, este Órgano de investigación *a priori*, identificó ciertos cambios a la presentación del envase, empero, continúan elementos que podrían ser relevantes para la percepción de los consumidores, así también, se identificó cambios que no podrían ser susceptibles en una apreciación primaria; en consecuencia, es necesario analizar la posición del consumidor, frente a los cambios sugeridos, en tanto que aun cuando se identifican cambios, estos podrían ser ínfimos para la atención de los consumidores.

En este sentido, es necesario identificar si el comportamiento de compra de los consumidores, cambió indebidamente; en virtud de que, para que los actos de confusión sean tachados como anticompetitivos, estos como efecto de la similitud de los diseños de BONELLA y NATURELLA, generen confusión en los consumidores, debido al empleo o imitación de signos distintivos que serían propios de BONELLA.

En sumo, con base en las consideraciones desarrolladas, esta Intendencia, de la revisión de los diseños de BONELLA y NATURELLA, identifica elementos similares, **por lo que, el diseño utilizado por ALES podría constituir un indicio de la conducta de confusión conforme establece el numeral 1 del artículo 27 de la LORCPM.**” (Énfasis añadido)

Por otro lado, en relación a los actos de imitación letra b), esta Autoridad señaló:



... En este sentido, a fin de identificar los elementos presuntamente imitados, esta Autoridad procede a insertar las imágenes de los diseños analizados en el presente expediente.

UPFIELD



ALES



Ahora bien, conforme se esbozó en el análisis de los actos de confusión, esta Autoridad a *prima facie*, identificó cierta semejanza en los siguientes elementos:

- 1.- el colores **verde** de la **tapa** y las **hojas**;
- 2.- el **amarillo** del **envase**;
- 3.- el **azul** de las **letras**;
- 4.- el **blanco** del fondo de las **letras de la marca**; y,
- 5.- el **sol** en el **centro** del empaque.

En este sentido, el uso de estos elementos *a priori*, podría ser constituirse como un indicio para confundir a los consumidores, y generar una posible afectación al interés general, al ser productos de consumo masivo, en virtud del parecido entre los productos competidores.”

“Para el caso en concreto, del análisis en secuencia de los envases plásticos, esta Intendencia considera que, a *prima facie*, ALES estaría utilizando como herramienta desleal, la **presunta copia de los elementos visuales del empaque del producto BONELLA** del operador UPFIELD; en consecuencia, los actos tendrían como efecto, **confundir a los consumidores respecto de la verdadera identidad de los productos**.

En este orden de ideas, esta Intendencia colige que, a *prima facie*, el uso indebido de la **tonalidad y elementos gráficos**, podrían generar cierta similitud entre los empaques de los productos BONELLA y NATURELLA, por lo que, los consumidores podrían generar cierta asociación entre los productos, lo cual dificultaría que los clientes **identifiquen de manera clara el origen del producto**.

En este sentido, del análisis desarrollado, esta Intendencia identificó ciertos indicios respecto de la **similitud de los diseños**, que podrían crear el riesgo de confusión, esto debido a la **imitación del esquema general del envase y etiquetas** de BONELLA en la presentación visual del producto NATURELLA.

Con base en las consideraciones *ut supra*, este Órgano de investigación colige que, el uso de los elementos gráficos, comparte **ciertos rasgos de similitud**; así también, se observó que la **ubicación, tamaños, y nivel de importancia** que los operadores le dan a las características



visuales de los empaques, son **homogéneas y guardan semejanza**.

Por lo que, correspondería identificar si los indicios de una inducción a confusión podrían responder a una imitación sistemática de las prestaciones o iniciativas empresariales de UPFIELD, o que dicho uso haya permitido a ALES beneficiarse del reconocimiento del denunciante.

En consecuencia, esta Intendencia, *a priori*, identifica que **existen indicios respecto de una conducta desleal de imitación, conforme lo establece el numeral 3, letra b) del artículo 27 de la LORCPM.**” (Énfasis añadido)

En consecuencia de lo analizado, esta Intendencia, resolvió:

PRIMERO.- Ordenar el inicio de una investigación dentro del expediente N.º SCPM-IGT-INICPD-015-2021, en contra del operador económico ALES C.A., por el presunto cometimiento de las conductas tipificadas en los numerales 1 y 3 letra b) del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

5.2. Resolución de prórroga de investigación

Esta Intendencia, mediante resolución de 06 de mayo de 2022, se refirió a la necesidad de prorrogar el plazo de la investigación, por las siguientes razones:

... En este orden de ideas, considerando que el plazo de la investigación ha **discurrido durante el estado de emergencia sanitaria**, este Órgano de investigación ha tenido varias circunstancias externas, que han dificultado el normal desarrollo de la investigación, principalmente, en la recopilación de elementos que coadyuven a robustecer el criterio de la administración, a fin de identificar o descartar las presuntas infracciones investigadas.”

“ANÁLISIS

Con base en las consideraciones expuestas *ut supra*, esta Intendencia identificó que existe **demora en la entrega de la información** por parte de los operadores, esto debido a factores como, la capacidad de aforo en las compañías, o la falta de personal, en este sentido, es necesario **conceder prórrogas de tiempo adicionales a fin de que los operadores puedan recopilar y remitir la información solicitada**.

En este sentido, este Órgano de investigación encuentra necesario **contar con la información solicitada**, a fin de recopilar elementos **jurídicos y económicos** que generen los indicios razonables del cometimiento o no de las conductas denunciadas; así como generar los recaudos procesales que nutran a la investigación respecto de las presuntas conductas desleales contenidas en los numerales 1 y 3 letra b) del artículo 27 de la LORCPM.

Ahora bien, con relación a la determinación del mercado relevante, este Órgano de investigación ha realizado varias diligencias para analizar la sustitución de la demanda, oferta y mercado geográfico del producto investigado (margarina); empero, conforme se mencionó en líneas anteriores, ha sido necesario realizar **varias insistencias a ciertos operadores**, esto debido a información incompleta, falta de respuesta o necesidad de aclaración de la información solicitada,



lo cual ha ocasionado que hasta la presente fecha, existan operadores económicos que no han cumplido con lo dispuesto por esta Intendencia.

Por otra parte, en el marco de análisis del falseamiento de la competencia que pudiere causar las prácticas desleales investigadas en el presente expediente, esto es, actos de confusión e imitación, esta Intendencia considera importante realizar una diligencia de encuestas a consumidores, con el objeto de **identificar el efecto real o potencial** en la demanda del producto investigado (margarina), como resultado del presunto cometimiento de las prácticas tipificadas en el artículo 27, numerales 1 y 3 (letra b).

En este sentido, este órgano de investigación estima que la **diligencia de encuestas requiere la planificación**, realización de las encuestas, y el análisis de los datos obtenidos, por lo cual, esta Intendencia considera oportuno ampliar el plazo de investigación...

Por lo que, resolvió:

PRIMERO.- Conforme lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, prorroguese la duración de esta investigación por un plazo máximo de 180 días adicionales, los cuales serán computados a partir del fenecimiento del plazo contenido en la resolución de 08 de noviembre de 2021.

5.3. Informe de Resultados de la Investigación

La Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, en su Informe de Resultados de la Investigación N.º SCPM-INICPD-DNICPD-012-2022 de 01 de noviembre de 2022, respecto de las conductas analizadas concluyó que:

Respecto del análisis económico, esta Dirección concluye:

- Con base en los hechos denunciados en el presente expediente, la DNICPD determinó como el producto objeto de investigación a las margarinas, las cuales son grasas de consumo humano de origen vegetal.
- Del análisis de la sustitución de la demanda, tanto cualitativo como cuantitativo, esta Dirección determinó que la margarina no presenta sustitutos cercanos. Así, del análisis cualitativo, varios factores como el origen de las grasas, usos y precios podrían limitar la sustitución con otras grasas de consumo humano como: mantequilla, aceite, *ghee*, y mantecas. En este mismo sentido, del análisis cuantitativo se identificó bajos niveles de correlación de los precios de la margarina y los anteriores productos, considerados como posibles sustitutos.
- Desde el punto de vista de la oferta, esta Dirección consideró que la misma no alcanzaría los niveles de rapidez, eficacia y rentabilidad, por lo que no se considera pertinente la ampliación del mercado relevante de la margarina.
- Con relación al mercado geográfico, mediante la aplicación de la Prueba de Correlación de Precios a nivel provincial, esta Dirección determinó como el ámbito de competencia de este mercado a nivel nacional.



- Respecto del mercado estacional, la DNICPD concluyó que la estacionalidad no es un factor determinante en la demanda de este producto.
- En relación con el mercado temporal, el mismo se delimitó con base en el período de duración de las prácticas desleales investigadas, que conforme la información disponible en el expediente fue de junio a agosto de 2021.
- Del análisis del mercado relevante durante el año 2021, en el que las presuntas prácticas desleales habrían iniciado, se aprecia una participación significativa de la empresa Upfield Ecuador S.A., con una representación mayor al 50% de las ventas del sector. En este sentido, el mercado de las margarinas se caracteriza por estar altamente concentrado. Por lo que, a criterio de esta Dirección, la entrada de nuevos competidores en igualdad de condiciones, podría contribuir a que exista una mayor competencia en este sector.
- Con relación a INDUSTRIAS ALES C.A., la empresa ingresó al mercado de las margarinas en el año 2021 con el producto “Naturella”, y durante los meses junio a diciembre de 2021 alcanzó 1% de participación en este sector.

Respecto del análisis jurídico, esta Dirección concluye:

- Respecto de los actos de confusión, de los empaques “A” de los productos “BONELLA” y “NATURELLA”, esta Dirección con base en los parámetros establecidos por el Tribunal Andino, análisis semiótico, levantamiento de encuestas, y análisis desarrollado en el presente informe, identificó que el envase (A) del operador ALES, si tendría la capacidad de crear un riesgo de confusión respecto de la presentación del producto investigado.

En sumo, se identificó que debido a que los envases presentarían un alto grado de semejanzas en sus elementos preponderantes, principalmente, en los gráficos, colores, ubicación, contenido, y dimensión, los consumidores podrían ser susceptibles de confusión, al considerar la compra de “NATURELLA”, suponiendo que se trataría del producto “BONELLA”.

En consecuencia, esta Dirección considera que existirían elementos de convicción respecto de la conducta tipificada en el numeral 1 del artículo 27 de la LORCPM, por parte del operador ALES.

- En lo que respecta a los actos de imitación, de la revisión del envase “A” de los productos “BONELLA” y “NATURELLA”, esta Dirección colige que la presentación del producto de ALES, mantendría un alto grado de semejanza del esquema visual y/o elementos predominantes del producto de “BONELLA”.

En consecuencia, el envase de “NATURELLA” resultaría idóneo para generar confusión respecto de la procedencia empresarial del producto, lo cual podría otorgar a ALES, un aprovechamiento del reconocimiento de “BONELLA” en el mercado de margarinas.



En consecuencia, esta Dirección considera que existirían elementos de convicción respecto de la conducta tipificada en el numeral 3, letra b) del artículo 27 de la LORCPM, por parte del operador ALES.

- Del análisis del falseamiento de la competencia, esta Dirección destaca que el mercado de las margarinas es un sector altamente concentrado en el que no se ha identificado sustitutos cercanos desde el punto de vista de la demanda, así como, desde el punto de vista de la oferta. En este contexto, una distorsión al régimen de competencia por el cometimiento de prácticas desleales sería más probable.
- Del análisis de las características de la empresa investigada, esta Dirección identificó que se trata de una empresa grande con una trayectoria importante en el sector alimenticio, además, la empresa se encuentra integrada verticalmente con la provisión de la materia prima para elaborar margarinas, por lo que sus actuaciones tendrían una mayor potencialidad de afectar a este mercado.
- Del análisis de la naturaleza de las conductas investigadas, esta Dirección determinó que las mismas podrían falsear al régimen de competencia al limitar la libertad de elección de los consumidores así como al afectar la igualdad de condiciones de los participantes en el mercado de las margarinas.
- Con relación al público objetivo, la DNICPD determinó que la exposición a actos de confusión e imitación pondrían en una situación de vulnerabilidad al público objetivo, debido a que, conforme los resultados de la encuesta realizada por esta Dirección, existiría un alto porcentaje de personas que asocian los elementos visibles del empaque de “Naturella” con los de “Bonella” (40%), lo anterior se puede explicar por la existencia de un fuerte posicionamiento y reconocimiento de la marca “Bonella”, así como la existencia de asimetrías de información en este mercado, relacionadas a la procedencia empresarial de los productos, lo que contribuye a la generación de un público afectado vulnerable.
- Por último, de la cuantificación del alcance de las conductas desleales, esta Dirección no identificó una afectación real al régimen de competencia en este mercado, debido a que las ventas del producto infractor alcanzaron una participación mínima en el mercado relevante (menor al 1%). Asimismo, del análisis de la estructura del mercado relevante, en un escenario sin infracción y en un escenario con infracción, la DNICPD no evidenció una distorsión real al régimen de competencia.
- Con relación a la potencialidad de afectar el régimen de competencia del mercado relevante de margarinas por el cometimiento de los actos desleales investigados, esta Dirección no evidencia un riesgo potencial para el mercado analizado, dado que los mismos fueron cesados mediante las modificaciones al envase del producto “Naturella”.
- Del análisis de los elementos que conforman la determinación del falseamiento de la competencia planteado por la DNICPD, esta Dirección considera que pese a que la naturaleza de la conducta así como las características del público afectado denotan que los actos desleales pudieron alcanzar su objetivo en el mercado relevante, el cese



de la conducta en un corto período de tiempo, mediante la modificación del envase del producto “Naturella”, causó que el comportamiento de ALES no genere una afectación real ni potencial al mercado relevante.

En este sentido, la Dirección recomendó a la Intendencia:

Esta Dirección recomienda a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, **archivar el presente expediente de conformidad con el artículo 57 de la LORCPM, pues no se ha encontrado mérito suficiente para la prosecución de la instrucción del procedimiento por el cometimiento de las posibles prácticas desleales de confusión e imitación tipificadas en el artículo 27 numerales 1 y 3 letra b) de la LORCPM.** (Énfasis añadido)

SEXTO.- MERCADO RELEVANTE

Conforme el artículo 5 de la LORCPM, “A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. (...)”.

En complemento, la Resolución N° 011 de la Junta de Regulación de la LORCPM, en su artículo 4, resalta que el mercado relevante está compuesto por una combinación del mercado del producto o servicio y el mercado geográfico. El primero, comprende, al menos, el producto o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos; mientras que el segundo, comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto o servicio relevante.

En tal virtud, en el marco de los antecedentes normativos antes referidos, la DNICPD en su Informe de Resultados N° SCPM-INICPD-DNICPD-012-2022, determinó el mercado relevante de la investigación, en los siguientes términos:

6.1. Mercado del producto

Para la determinación del mercado del producto, la DNICPD partió de la definición establecida en el artículo 5 de la LORCPM, que en su parte pertinente establece lo siguiente:

El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio material 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. (Énfasis añadido)

En este sentido, es importante señalar que, para la determinación del mercado del producto, se debe identificar las presiones desde el punto de vista de la competencia, las cuales consisten en (i) la sustituibilidad de la demanda y (ii) la sustituibilidad de la oferta. La primera hace referencia a la presencia en el mercado de productos o servicios que los consumidores consideran intercambiables, por lo que se requiere analizar la sensibilidad de la demanda ante variaciones en el precio del bien, las preferencias de los consumidores y los costos que éstos enfrentan al hacer una sustitución; la segunda estudia la existencia de oferentes que estén



dispuestos a dedicarse de manera inmediata y poco costosa a producir los bienes o servicios del mercado relevante cuando éstos suben de precio.

En este punto, la DNICPD, señaló:

... en el presente caso, se investigan posibles prácticas desleales en la comercialización del producto margarina “Naturella” de la empresa INDUSTRIAS ALES C.A., por lo que, la presente determinación del mercado del producto se centrará en el producto margarina.

La Dirección dejó claro que, en virtud de que los hechos denunciados tienen relación con la comercialización del producto margarina de marca “Naturella”, su análisis se centró en el producto margarina, y desde ese punto continuó con la identificación de posibles sustitutos desde el lado de la demanda y oferta. Al respecto, esta Intendencia coincide con el análisis de la Dirección, al identificar que la investigación sustanciada en el presente expediente, se enfocó en el producto margarina del operador económico INDUSTRIAS ALES C.A.

Ahora bien, en el contexto de las prácticas desleales investigadas en este expediente, la DNICPD analizó la existencia de presiones competitivas tanto desde el punto de vista de la demanda como de la oferta que enfrenta el producto margarina en el mercado, a través de los respectivos análisis de sustitución de la demanda y de la oferta, conforme se detalla en líneas siguientes.

6.1.1. Análisis de sustitución de la demanda

Conforme la Resolución N° 011 de la Junta de Regulación de la LORCPM, la sustitución de la demanda puede ser definida de la siguiente manera:

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, tanto cuantitativos como cualitativos (...)

En este sentido, el Informe de Resultados N° SCPM-INICPD-DNICPD-012-2022, desarrolló los análisis cuantitativos y cualitativos de sustitución de la demanda del producto margarina en los siguientes términos:

- **Análisis cualitativo de sustitución de la demanda**

La Norma Técnica Ecuatoriana NTE INEN 2184:2012¹, define a la margarina de la siguiente manera:

¹ Instituto Ecuatoriano de Normalización. «Norma Técnica Ecuatoriana Obligatoria.» *Margarina Industrial, Requisitos*. Quito: INEN, enero de 2012.



Margarina industrial. Es la grasa comestible de uso humano indirecto, elaborada con fines culinarios, doméstico o industrial; de consistencia plástica, constituida por agua, leche, o una mezcla de ambas de emulsión con grasas o aceites comestibles solos o en mezclas.

En tal sentido, el ingrediente principal de la margarina es la materia grasa, compuesta por aceites vegetales (de maíz, girasol, soja, oliva) y otras grasas, que pueden ser de origen animal (margarina mixta) o sólo vegetal (margarina 100% vegetal)².

En el mercado es posible encontrar distintos tipos de margarinas, que varían, en lo principal, por su contenido de grasa, como por ejemplo:

Tabla (...) Clasificación de las Margarinas por su Contenido de Grasa

PRODUCTO	CONTENIDO DE GRASA
Margarina	80% de materia grasa
Margarina tres cuartos	60% a 62% de grasa
Margarina baja en grasa	42% a 55% de grasa
Margarinas enriquecidas	Contiene vitaminas, minerales fibra y/o fitosteroles

Fuente: <https://www.consumer.es/alimentacion/las-margarinas.html>

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

Con relación al uso culinario de las margarinas, las mismas pueden ser utilizadas para untar, freír, u hornear³. Al respecto, en Ecuador, el consumo anual de margarinas alcanza aproximadamente 915 gramos por habitante⁴, ubicándose por encima del consumo per cápita de países como Colombia o México, que registraron consumos en 2021 de 442 gramos y 230 gramos por persona, respectivamente.

Acercas de las presentaciones en las que se comercializa el producto margarina, a través de un análisis de las ventas del producto en supermercados, la DNICPD identificó las siguientes presentaciones: tarrina, funda, bloque, balde. Con relación al contenido, se identificó contenidos desde los 14 gramos a 15 kilos, siendo la presentación más comercializada la tarrina plástica de 250 gramos.

Con relación al precio, a continuación se presenta una tendencia del precio promedio de la

² Zudaire, Maite. *www.consumer.es*. 4 de junio de 2002. <https://www.consumer.es/alimentacion/las-margarinas.html> (último acceso: 20 de octubre de 2021).

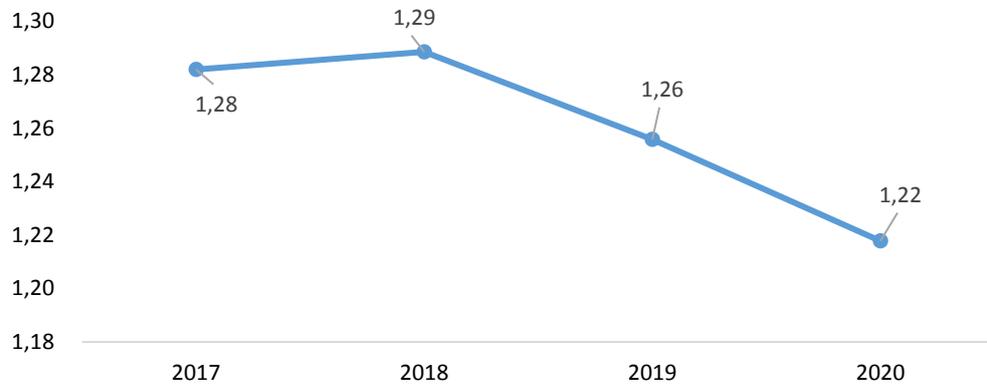
³ Información proporcionada por operadores económicos en este mercado, mediante respuestas a los cuestionarios N° 1, 2 y 4.

⁴ El Universo. (14 de septiembre de 2021). La favorita incursiona con su marca en el mercado. Recuperado el 17 de octubre de 2022, de *eluniverso.com*: <https://www.eluniverso.com/noticias/economia/la-favorita-incursiona-con-su-marca-en-el-mercado-de-margarinas-nota/>



margarina en la presentación más comercializada de 250 gramos:

Gráfico (...) Tendencia del precio promedio del producto margarina (2017-2020)



Fuente: Cuestionario N°3, Supermercados.

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

En este sentido, como se puede ver en el Gráfico N° 1, los precios promedio de las margarinas presentan una tendencia decreciente, pasando de \$1,28 en 2017 a \$1,22 en 2020, lo cual puede ser explicado por el ingreso de nuevas marcas al mercado, como: “Clara”, “Rama”, y “Sbela”⁵, que han ingresado a partir de 2018.

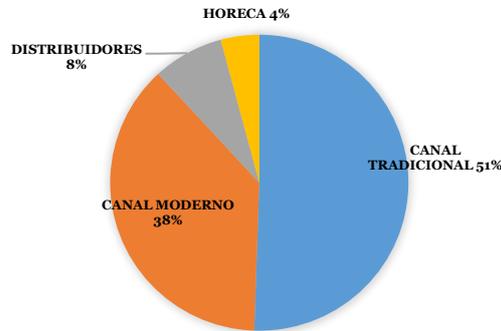
Respecto a los lugares en los que se puede adquirir el producto, con base en información de los operadores económicos en este sector⁶, la DNICPD conoció que, la margarina se comercializa en mayor medida a través del canal tradicional, con una participación en ventas de aproximadamente el 53%, seguido de las ventas realizadas a través del canal moderno con una participación del 35%⁷.

⁵ Las marcas “Rama” y “Sbela” pertenecen a la empresa UPFIELD ECUADOR S.A., mientras que la marca “Clara” pertenece a la empresa La Fabril.

⁶ Información proporcionada por operadores económicos, mediante respuestas a los cuestionarios N° 4.

⁷ *Ibidem*.

Gráfico (...) Ventas de Margarina por Canal de Distribución (2020)



Fuente: Información proporcionada por operadores económicos en este mercado, mediante respuestas al cuestionario IV.

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

Con relación a los bienes o servicios similares, el artículo 5 de la LORCPM en su parte pertinente estatuye lo siguiente:

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.

En tal virtud, con base en información proporcionada por agentes que participan en el mercado de las margarinas⁸, los productos que podrían ser considerados como sustitutos de la margarina son los siguientes:

- Mantequilla
- Aceites
- Ghee
- Manteca

En este sentido, a continuación se exponen las características, usos y precios de estos productos, con la finalidad de identificar si efectivamente podrían ser considerados como sustitutos de la margarina, sobre todo en el contexto del análisis de competencia.

⁸Ibídem.



Tabla (...) Características, Usos y Precios de los Posibles Productos Sustitutos

PRODUCTO	DEFINICIÓN	CARACTERÍSTICAS	USOS	PRECIOS
MANTEQUILLA	Producto graso obtenido exclusivamente de la crema de leche higienizada, sometido un proceso de batido y amasado, con o sin la adición de cultivos lácticos específicos. Principalmente en forma de emulsión del tipo agua en aceite. (Norma INEN NTE INEN 161)	Producto graso de origen animal obtenido a partir de la crema de leche. Esparcible de consistencia sólida y homogénea a temperatura ambiente de color amarillo cremoso, sabor y olor característico lácteo.	Para cocinar, freír, repostería, pan y bollería	\$ 3,65 ⁹
ACEITES	Líquido graso que se obtiene de frutos o semillas, como cacahuates, algodón, soja, nueces, almendra, linaza, ricino, coco, y de animales como la ballena, la foca o el bacalao. (RAE, 2020)	Se obtienen a partir de semillas o de frutos oleaginosos como la palma, soja, aceituna, girasol, canola, etc., a través de un proceso industrial.	Servir como un elemento para la cocción y aliño de alimentos, especialmente en la fritura como medio de transmisión de calor, aportando sabor y textura.	\$ 1,20 ¹⁰
GHEE	El <i>ghee</i> es un producto obtenido exclusivamente de la leche, la nata (crema) o la mantequilla (manteca) mediante procedimientos que dan lugar a la eliminación casi total del agua y el	Mantequilla clarificada.	Untar, freír.	\$ 2,86 ¹¹

⁹ Precio de la mantequilla de 250 gramos de la marca Miraflores (marca más comercializada en este sector).

¹⁰ Precio del producto aceite, marca "Cocinero", presentación 750ml, del año 2020.

¹¹ Precio del producto *ghee*, marca "KAARU", presentación 200gramos, del año 2020.



	extracto seco magro, con un sabor y una estructura física especialmente desarrollados. (Norma INEN NTE INEN 2828)			
MANTECA	Producto graso refinado, semisólido constituido por una grasa vegetal, animal, o una mezcla de ellas que ha sido sometido a procesos de modificación permitidos. (Norma INEN NTE INEN 1313)	La grasa o manteca vegetal es blanca, no tiene olor ni sabor.	Cocinar, asar y hornear.	\$1,09 ¹²

Fuente: Normas INEN, información secundaria, información de precios proporcionada por supermercados.

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

Con relación a las características de los posibles productos sustitutos, esta Dirección considera pertinente mencionar que los productos mantequilla y *ghee* se diferencian de los productos aceites y mantecas vegetales debido a que, los primeros se elaboran con base en grasa animal mientras que los segundos se elaboran a partir de grasa vegetal¹³.

Asimismo, en el caso de los aceites y mantecas vegetales, sus usos más frecuente son freír, asar u hornear limitando su utilización para untar en otros alimentos como el pan.

Por último, respecto a la diferencia en precios de éstos productos, la mantequilla y *ghee* (mantequilla clarificada) tiene un precio mayor al de la margarina, así, como se puede ver en la Tabla N° 2, en presentaciones similares la mantequilla y *ghee* presentan precios entre USD. 2,86 y USD. 3,65 superiores al precio de la margarina en presentación de 250 gramos de USD. 1,22, identificando una brecha superior a USD. 1,50, entre estos productos.

¹² Precio del producto manteca, marca "MAMA MARÍA", presentación 250 gramos, del año 2020.

¹³ Instituto Ecuatoriano de Normalización. "Norma Técnica Ecuatoriana Obligatoria." *Margarina Industrial, Requisitos*. Quito: INEN, enero de 2012. Y "Norma Técnica Ecuatoriana Obligatoria" *Mantequilla, Requisitos*, Quito: INEN, 2015.



En este sentido, del análisis de las características, usos y precios de los posibles productos sustitutos esta Dirección considera que las preferencias del consumidor de margarina podrían estar delimitadas por el origen de los alimentos, es decir, si provienen de fuentes vegetales o animales, en tal sentido, las probabilidades de una sustitución entre margarinas y mantequillas serían menores. Igualmente, dado que uno de los usos más comunes de la margarina es untar¹⁴, la sustitución con mantecas y aceites sería menor, ya que, estos últimos productos se utilizan con mayor frecuencia para cocinar o freír.

Respecto al precio de la margarina y otras grasas posibles sustitutas, a criterio de esta Dirección, para el consumidor de margarinas una sustitución con mantequilla o *ghee* resultaría más costosa, lo cual, podría desincentivar una sustitución entre estos productos...

En síntesis, del análisis cualitativo presentado por la DNICPD, esta Intendencia considera que existirían factores que limitarían una sustitución de la demanda del producto margarina, como: el origen de la materia prima, así como, usos y precios de este producto.

En complemento, el Informe de Resultados hizo referencia a algunos hallazgos alcanzados por el estudio titulado “Análisis del comportamiento de compra de los consumidores de margarina en el canal tradicional” (2017), así como, a conclusiones alcanzadas por otras agencias de competencia internacionales, las cuales guardan concordancia con lo planteado por la Dirección, como se detalla a continuación:

De forma coadyuvante a los planteamientos realizados, esta Dirección tiene en cuenta que, dentro del trabajo de investigación “Análisis del comportamiento de compra de los consumidores de margarinas en el canal tradicional de la zona Guayaquil sur” (2017), se analizó la percepción de los consumidores ecuatorianos respecto a varios aspectos concernientes a la margarina, entre los que se encontraban los beneficios y usos del producto. En este sentido, los consumidores entrevistados manifestaron lo siguiente:

(...) el uso de la margarina es perjudicial para la salud, que si por ellas fueran compraran mantequilla pura, pero que por los costos no pueden darse ese “lujo”.

En este mismo sentido, con relación al precio, la investigación antes referida destacó lo siguiente:

(...) la margarina es percibida por las amas de casa como un producto barato en relación con la mantequilla pura.

¹⁴ Tomado de: www.bonella.com.ec. s.f. <https://www.bonella.com.ec/consejos/usos-de-la-margarina-en-la-cocina> (último acceso: 27 de abril de 2022).



A tal efecto, el precio sería un factor que limitaría la sustitución entre el producto margarina y mantequilla.

Por lo tanto, del análisis cualitativo de sustitución de la demanda, esta Dirección considera que varios aspectos, como el origen de la materia prima, usos y precios, podrían limitar la sustitución de la demanda en este mercado.

Como referencia, en el caso *Arla Foods/Express Dairies*¹⁵ se consideró que la margarina no se encontraría en el mismo mercado que la mantequilla, entre las razones que sustentaron esta decisión se encuentra la baja correlación entre los precios de estos productos, así como, el comportamiento del consumidor ante un aumento en el precio de la mantequilla, en este sentido, la investigación realizada por la Comisión Europea (2003) evidenció lo siguiente:

Durante la investigación de mercado, los consumidores fueron consultados si se cambiarían a grasas vegetales en caso de un incremento en el precio de la mantequilla empaquetada. Los resultados de la investigación demostraron que la sustitución no se realizaría (debido al sabor y otras características) u ocurriría en caso de que el precio incrementara muy por encima del 10%.

Así también, el Tribunal de Defensa de la Competencia, dentro del expediente 28/97¹⁶, consideró:

Tanto el Instituto de la Grasa, como el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación consideran que la margarina **no constituye en la actualidad un producto sustitutivo de la mantequilla desde el punto de vista de la demanda**. Sin embargo, no se ha de olvidar que al igual que la margarina sustituyó parcialmente a la mantequilla en el pasado en las pautas de consumo de los ciudadanos, desde un punto de vista dinámico es posible que en el futuro se produzca una sustitución del consumo de margarinas por otros productos como los aceites u otras grasas o productos untables y viceversa. Basta a este respecto analizar el consumo de margarinas en España y en los países de norte de Europa para apreciar las grandes diferencias que pueden existir en el consumo de grasas entre países de niveles de renta similares. (Énfasis añadido)

En el caso, concreto, sin perjuicio de los hallazgos cualitativos encontrados por la DNICPD, a continuación se desarrollará un análisis cuantitativo de sustitución de la demanda, con la finalidad de validar o descartar los resultados respecto del mercado del producto margarina.

¹⁵ *Case No. COMP/M.3130 - ARLA FOODS/EXPRESS DAIRIES*. (Comission of the European Communities , 10 de junio de 2003).

¹⁶ Expediente de Concentración Económica 28/97. Unilever (Tribunal de Defensa de la Competencia, 13 de abril de 1998).



En este contexto, con relación al análisis cualitativo de sustitución de la demanda, esta Intendencia acoge los planteamientos realizados en el Informe Resultados N° SCPM-INICPD-DNICPD-012-2022, y considera que, de manera cualitativa, el mercado del producto de margarina no presentaría sustitutos cercanos desde el lado de la demanda. No obstante, con la finalidad de concluir sobre el mercado del producto de las margarinas y sus posibles sustitutos, esta Intendencia considera relevante identificar los principales hallazgos del análisis cuantitativo de sustitución de la demanda, el mismo que se expone a continuación:

- **Análisis cuantitativo de sustitución de la demanda**

Para el presente análisis cuantitativo de sustitución de la demanda, la Dirección aplicó la Prueba de Correlación de Precios establecida en la Resolución N° 011 como una herramienta para determinar la sustitución entre productos. En este sentido, los fundamentos y lógica de interpretación de esta prueba son los siguientes:

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 logaritmos 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 0,8, 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 0,8, se tiene evidencia en contra de dicha hipótesis.** (Énfasis añadido)

Los datos utilizados corresponden a la serie mensual de precios de los productos margarinas, mantequillas, *ghee* y aceites, registrados a través del canal moderno durante el período 2017-2020. A este respecto, dado que el análisis cuantitativo de la información requiere contar con una serie representativa de datos, la DNICPD trabajó con la información proporcionada por supermercados, que a diferencia de tiendas de barrio llevan un mejor registro de las ventas efectuadas de los productos comercializados en sus establecimientos, por lo que, los resultados obtenidos del análisis cuantitativo proporcionarían resultados más confiables.

Es importante mencionar que, la distribución de éstos productos se encuentra principalmente en el canal moderno y tradicional, identificando que en el segundo existe una cantidad significativa de tiendas a nivel nacional y que en su mayoría no manejan un sistema de información, por ello, no fue posible obtener dichos datos directamente de este canal. No obstante, a fin de cumplir con las herramientas contempladas en la Resolución N°. 11, esta Dirección utilizó la información del segundo canal más importante, el canal moderno.

Adicionalmente, para la aplicación de esta prueba se deflactó los precios de los productos con la finalidad de eliminar el efecto de la inflación en los mismos y, conforme lo indicado en la Resolución N° 011, se trabajó con el logaritmo de los precios y sus respectivas primeras diferencias.



En este sentido, la DNICPD aplicó la prueba de correlación de precios entre las marcas más comercializadas del producto margarina y los posibles productos sustitutos, para esto, la Dirección identificó las unidades comercializadas por marca a través del canal moderno e identificó las siguientes participaciones:

Ilustración (...) Unidades Comercializadas por Marca de Aceite, Ghee, Mantecas, Mantequilla y Margarina (2020)

ACEITE	GHEE	MANTECAS	MANTEQUILLA	MARGARINA
LA FAVORITA	KAARU	TRES CHANCHITOS	MIRAFLORES	BONELLA
PALMA DE ORO	SAN MIGUEL	DOS CORONAS	GONZALEZ	GIRASOL
GIRASOL		SABROSA	SUPERMAXI	REGIA
CRIOLLO		LA ORIGINAL	VITA	DORINA
ALESOL		ECI	RAMA	DANEC
EL COCINERO		DON NELZON	KIOSKO	KLAR
MI COMISARIATO		ILE	NUTRI	MIRAFLORES
AKI		FRAILE	ALEMAN	AKI
SUPERMAXI		PANRICO	LA FINCA	FAVORITA
TA RIKO		BIANQUITA	PRESIDENT	SUPERMAXI
VIVI		FABRIL	SAINT ANDRE	RAMA
GUSTADINA			FLORALP	VIVI
LA ESPAÑOLA			LURPAK	SBELA
SABROSON			LATACUNGA	PALMA DE ORO
BETIS			DULACS	VIVI GIRASOL
MUELOLIVA			KARAY	MARVA
ZUCCHI			ECOLOVE	FABRIPAN
LA ORIGINAL				FLEISCHMAN
ARBOLITO				CLARA

Fuente: Información proporcionada por cadenas de supermercados, mediante respuestas al cuestionario IV.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

En este orden de ideas, los resultados de la prueba de correlación de precios (Ver Ilustración 2) evidencian una débil relación entre los precios de margarinas y los demás productos considerados como posibles sustitutos.

Ilustración (...) Resultados de la Prueba de Correlación de Precios

PRECIOS DEFLACTADOS					LOGARITMO DE PRECIOS						
	1	2	3	4	5		1	2	3	4	5
1	1					1					
2	0,06	1				0,08	1				
3	-0,32	-0,12	1			0,33	0,09	1			
4	0,31	0,04	-0,04	1		-0,37	-0,15	-0,06	1		
5	0,35	-0,08	-0,38	-0,13	1	0,36	-0,04	-0,09	-0,47	1	

PRIMERAS DIFERENCIAS					
	1	2	3	4	5
1	1				
2	-0,49	1			
3	-0,09	-0,03	1		
4	-0,03	-0,12	0,07	1	
5	0,35	-0,38	0,33	0,08	1

Nota: 1) Margarina "Bonella"; 2) Mantequilla "Miraflores"; 3) Ghee "Kaar"; 4) Manteca "Tres Chanchito"; 5) Aceite "La Favorita"
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales



De esta forma, los resultados de la Prueba de Correlación de Precios llevada a cabo por la DNICPD permiten determinar que los precios del producto margarina con los precios de los productos mantequilla, *ghee*, manteca, así como, aceite vegetal no reflejan un grado de relación significativo para ser considerados como sustitutos.

En tal virtud, esta Intendencia acoge el análisis realizado por la DNICPD y considera que, desde el punto de vista de la demanda el producto margarina no presente sustitutos cercanos, al verificar que tanto de las pruebas cualitativas y cuantitativas de la demanda no se evidencia productos que puedan sustituir a las margarinas.

6.1.2. Sustitución de la oferta y competencia potencial

En atención al marco normativo ecuatoriano, el Informe de Resultados analizó las presiones competitivas que desde el lado de la oferta enfrenta el mercado de las margarinas; al respecto, el referido Informe señaló que *“en otras jurisdicciones como la europea, la definición del mercado se ha basado principalmente en la sustituibilidad de la demanda, mientras que la sustituibilidad de la oferta se ha relacionado en mayor medida con la amenaza de “entrada al mercado” de nuevos competidores¹⁷*. No obstante, conforme lo establecido en la Resolución N° 011 de la Junta de Regulación de la LORCPM, la determinación del mercado relevante por parte de los órganos de investigación de la SCPM deberán contener tanto el análisis de sustitución de la demanda como de la oferta.

En ese sentido, esta Intendencia considera relevante referirse a la definición de la sustitución de la oferta establecida en la Resolución N° 011 de la Junta de Regulación de la LORCPM, de la siguiente manera:

Artículo 11. Definición.- El análisis de sustitución de la oferta implica determinar todos aquellos bienes ofertados por operadores económicos, denominados potenciales competidores, quienes ante incrementos en los precios del producto o servicio materia de análisis, podrían fabricarlo y comercializarlo en un período de tiempo tal que no suponga ajustes significativos de activos materiales e inmateriales, y sin incurrir en costos o riesgos adicionales excesivos. (...)

Ahora bien, es criterio de esta Intendencia que, para que la sustitución de la oferta se realice, se requiere que la misma cumpla con los criterios de rapidez, eficacia y rentabilidad. En tal virtud, se tiene en cuenta que el Informe de Resultados destaca que *“las probabilidades de sustitución son mayores en operadores que en su proceso productivo utilicen igual o similar equipo, y que*

¹⁷ *Ibidem*.



pueden acceder de manera efectiva a los mismos canales de distribución y en las mismas condiciones de mercado que los operadores en la industria investigada¹⁸.”

En este orden de ideas, con la finalidad de identificar a los operadores que podrían ser considerados como sustitutos desde el lado de la oferta, la DNICPD llevó a cabo consultas a operadores económicos que actualmente participan en el mercado de las margarinas, para lo que planteó la siguiente pregunta:

Si el margen de ganancia en la comercialización de margarinas incrementara, ¿a qué operadores, considera usted, le sería más rentable expandir la capacidad instalada (equipo y personal) para trasladarse al negocio de las margarinas? ¹⁹

Así, en criterio de los operadores económicos consultados serían *“las empresas dedicadas a la producción de aceites vegetales contarían con la provisión de la materia prima y maquinaria necesaria para trasladarse a este mercado”*

Al respecto, entre las empresas observadas en el sector de producción de aceites vegetales, la Dirección identificó “a tres operadores en esta actividad: INDUSTRIAS ALES C.A., SALOYA PRODUCTOS NATURALES S.A., e INDUSTRIAS-OLEANA S.A.;”. No obstante, en el caso de ALES, esta empresa ingresó al mercado en el 2021²⁰, por lo que ya se encontraría dentro del mercado de margarinas. Con relación a la empresa SALOYA PRODUCTOS NATURALES SAPNAT S.A., no registra ventas en el Servicio de Rentas Internas y por su nivel de activos se le puede considerar como una empresa pequeña, por lo que, una eventual sustitución de la oferta no sería efectiva.

En adición, es importante considerar que existen otros operadores como: DANEC, LA FABRIL que también tienen marcas de aceite vegetal, sin embargo, dado que también se encuentran en el mercado de margarinas, no es necesario considerarles como competidores potenciales, al ser competidores reales.

En tal virtud, el Informe de Resultados analizó las posibilidades de entrada al mercado de margarina, desde el único probable potencial competidor, el operador INDUSTRIAS-OLEANA S.A.

¹⁸ Universidad de Roma, Facultad de Economía, “*The Guidelines on Market Definition*”, disponible en: http://economia.uniroma2.it/public/ppm/files/lecture%20content/Guidelines_on_Relevant_Market_Definition.pdf.

¹⁹ Pregunta 15, Cuestionario N° 4, solicitado a los operadores económicos dedicados a la comercialización de margarinas.

²⁰ Operadores económicos identificados en la base de datos del SRI (2019) dentro de la actividad C104014, entre los que se encuentran INDUSTRIAL ALES que ingresó al mercado de las margarinas en 2021.



Por otro lado, con relación al eslabón en el que la Dirección analizó las posibilidades de que se realice una sustitución de la oferta, señaló lo siguiente:

(...) puesto que, en el mercado actual de margarinas se da la concurrencia de operadores que se dedican a la producción y/o comercializan el producto, así como, de operadores que se dedican solamente a la comercialización de este bien; (...), la DNICPD analizó si los operadores económicos identificados, como potenciales competidores podrían ingresar al mercado de las margarinas bien en el eslabón de producción y comercialización o solo como comercializadores, todo esto con la finalidad de identificar las presiones competitivas que enfrentan los operadores en este mercado.

En este contexto, la DNICPD identificó la probabilidad de una sustitución de la oferta en el mercado de las margarinas, con base en los parámetros establecidos en la Prueba de Sustitución de la Oferta, establecida en el artículo 12 de la Resolución N° 011, como se sintetiza a continuación:

<p>a) Los potenciales competidores deben poseer los activos tanto materiales como inmateriales para trasladar su producción de un bien o servicio determinado a otros, en caso de no poseer alguno, debe ser capaz de adquirirlo sin la necesidad de incurrir en costos que sean irre recuperables.</p>	<p><i>En este sentido, del detalle de la maquinaria utilizada en la refinación de aceite vegetal se aprecia la utilización de tanques que también son requeridos para la producción de margarina, no obstante, no se utiliza otra maquinaria como emulsionantes, cristizador, equipos de llenado, y cuartos de refrigeración. Por lo que, en caso que los potenciales competidores estén interesados en ingresar al mercado de la producción y comercialización de la margarina tendría que incurrir en la adquisición de maquinaria. Además, debido a que la empresa considerada como potencial competidora actualmente no participa en la comercialización del producto, tendría que destinar vehículos, sitios para el almacenamiento del producto, personal calificado en ventas, así como contar con el registro sanitario para poder comercializar efectivamente el producto.</i></p> <p><i>Con relación a los activos intangibles, a criterio de esta Dirección, dado que la empresa realiza actividades de producción, contaría con personal con conocimientos sobre procesos industriales, lo que facilitaría una posible transición a la producción de margarinas.</i></p> <p><i>En conclusión, respecto de la disponibilidad de activos por parte del potencial competidor, esta Dirección considera que la empresa tendría que adquirir activos específicos para la producción y comercialización de margarinas, además, la</i></p>
--	---



	<p><i>empresa debería obtener los permisos necesarios para comercializar el producto en el mercado, por lo que, a criterio de esta Dirección una posible sustitución de la oferta podría no alcanzar las condiciones de rapidez y eficacia.</i></p>
<p>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.</p>	<p><i>Respecto del canal de distribución, la empresa identificada como potencial competidor destina su producción al mercado internacional mediante procesos de exportación, en ese sentido, tendría que realizar todo el proceso para ingresar a los canales de distribución nacional y debido a que, en el caso de la margarina, este producto se comercializa en mayor medida a través del canal tradicional tendría que movilizar personal para ofertar el producto en el país.</i></p> <p><i>En este sentido, a criterio de esta Dirección, el tiempo requerido para acoplar su sistema logístico a la producción de margarinas, así como, al ingreso a canales de distribución nacional puede requerir una mayor cantidad de tiempo, lo cual podría demorar el ingreso al mercado y no hacer factible, de manera rápida, una sustitución de la oferta.</i></p>
<p>c) Los potenciales competidores no deben incurrir en costos hundidos significativos al momento de trasladar su producción o prestación de servicios.</p>	<p><i>Adicionalmente, la adquisición y puesta en marcha de una maquinaria para producir algún bien requiere de instalación y capacitación de su uso, rubros que llegarían a ser irrecuperables, lo cual también justificaría considerar a la adquisición de maquinaria como un costo hundido.</i></p> <p><i>En tal virtud, ante el cese de una actividad productiva o comercial, en el corto plazo la adquisición de maquinaria puede ser considerada como un costo hundido, lo que en términos del análisis de competencia, limitaría la sustitución de la oferta; en lo principal, porque la existencia de este tipo de costos desincentivaría a un potencial competidor a entrar al mercado, por el riesgo de no poder recuperar su inversión ante una eventual salida del mercado.</i></p>
<p>d) Cualquier barrera de entrada debe ser superada en un período</p>	<p><i>Con base en información proporcionada por los</i></p>



<p>razonablemente corto de tiempo y sin que esto conlleve altos costos operacionales.</p>	<p><i>operadores económicos²¹ en este mercado, esta Dirección identificó las siguientes barreras de entrada:</i></p> <ul style="list-style-type: none">• <i>Mercado inestable por la alta volatilidad de los precios de la materia prima.</i>• <i>Necesidad de realizar una alta inversión en maquinaria y tecnología.</i>• <i>Importante estructura logística y comercial para el mercado de consumo masivo.</i> <p><i>Con relación a las barreras de entrada identificadas en el sector, a criterio de esta Dirección, las mismas podrían desincentivar a un potencial competidor, debido a que afectarían los niveles de rentabilidad, al ser necesario que la empresa lleve a cabo inversiones tanto en maquinaria como en el sistema logístico que le permita llegar a los canales de distribución del producto margarina.</i></p> <p><i>En este sentido, esta Dirección considera que dadas las barreras de entrada en este mercado, una posible sustitución de la oferta por parte de operadores en el sector de refinamiento de aceites vegetales sería menos probable.</i></p>
<p>e) Los potenciales competidores deben poseer los incentivos económicos necesarios para producir el producto o prestar los servicios materia de análisis.</p>	<p><i>Con relación a los márgenes de utilidad en la actividad económica actual del potencial entrante, con base en consultas realizadas al operador económico identificado en el sector de refinamiento de aceites vegetales, esta Dirección conoció que la empresa no se encuentra en funcionamiento al 100%, por lo que ha presentado niveles de utilidad negativos durante el período 2017-2020. Por otro lado, de las consultas realizadas a operadores en la actividad de producción y comercialización de margarina, se</i></p>

²¹ Información proporcionada por los operadores económicos mediante respuestas al cuestionario N° 4.



	<p>■■■■■ Al respecto, si bien la empresa considerada como potencial competidora presenta márgenes de utilidad negativos, el hecho de no encontrarse operativa podría limitar su entrada a un nuevo mercado.</p> <p>En tal virtud, a criterio de esta Dirección, la existencia de costos hundidos así como que la empresa no esté operativa al 100% podría desincentivar la entrada a este sector por parte del potencial entrante, sumado a que, el operador económico consultado manifestó lo siguiente:</p> <p style="padding-left: 40px;"><i>Los directivos y administrativos nos encontramos enfocados en hacer funcionar y producir la refinería, es decir, que se cumpla el objetivo para la que fue construida, logrando aprovechar al máximo la capacidad instalada. No podríamos desviar nuestros esfuerzos y pensar en expandir el negocio a una línea de producción de margarinas.</i></p> <p>Por lo tanto, esta Dirección considera que el operador económico identificado como potencial competidor, por sus características, no tendría los incentivos económicos para trasladarse a la comercialización de margarinas.</p>
<p>f) Los potenciales competidores deben poseer capacidad instalada inutilizada que puede ser puesta en marcha sin incurrir en costos significativos</p>	<p>Con la finalidad de identificar si una sustitución de la oferta en este sector sería efectiva, es decir, que una vez que un potencial competidor ingresé al mercado pueda competir en un volumen representativo, es necesario analizar la capacidad instalada disponible de los potenciales competidores.</p> <p>En este sentido, la planta de refinación del operador económico identificado como potencial competidor ha realizado solamente períodos de prueba, en tal sentido, la empresa no se encontraría operativa al 100% en su actividad económica actual, en tal virtud, la posibilidad de que la empresa cuente con capacidad instalada para trasladarse al sector de las margarinas es menor.</p>



	<i>En este escenario, dadas las limitaciones de la capacidad disponible para trasladarse al sector de las margarinas, una sustitución de la oferta no alcanzaría la condición de eficacia requerida para ampliar el mercado.</i>
g) Los consumidores deben percibir a los bienes o servicios de los potenciales competidores como sustitutos válidos del producto o servicio material de análisis.	<i>Por lo tanto, de los resultados obtenidos, se puede concluir que la marca tendría una importancia media para el consumidor, siendo el precio y sabor los factores más importantes en la demanda de este producto. En consecuencia, a la luz de estos resultados, esta Dirección considera que habría probabilidades de que los consumidores acepten una nueva marca en este mercado siempre y cuando ofrezca un buen sabor y precio competitivo.</i>

Fuente: Informe de resultados DNICPD

Elaboración: INICPD

De los resultados del análisis de los parámetros de la Prueba de Sustitución de la Oferta, la DNICPD concluyó lo siguiente:

En este sentido, con base en el análisis de los parámetros establecidos por la Prueba de Sustitución de la Oferta (SSS), esta Dirección no considera pertinente la ampliación del mercado relevante del producto margarina. En primer lugar, debido a que el operador económico considerado como potencial competidor no contaría con los activos necesarios, así como que, no tendría acceso a los canales de distribución del producto investigado, lo cual podría demorar un eventual ingreso al mercado.

En segundo lugar, dado que la empresa considerada como potencial competidora no se encuentra activa al 100% no contaría con la capacidad instalada para incursionar en otro sector, en tal virtud, una posible sustitución de la oferta no sería efectiva. Y por último, debido a la existencia de costos hundidos y barreras de entrada que podrían afectar los niveles de rentabilidad de un posible entrante al mercado, no existirían incentivos económicos para ingresar a este mercado. En este contexto, a criterio de esta Dirección una posible sustitución de la oferta no alcanzaría las condiciones de rapidez, eficacia y rentabilidad necesarias para ampliar un mercado relevante.

Al respecto, esta Intendencia considera razonables las conclusiones alcanzadas por la DNICPD respecto a las posibilidades de una sustitución de la oferta en este mercado, y por lo tanto, no considera oportuna la ampliación del mercado relevante, por las siguientes razones:

- Letra a), se demostró que el competidor potencial tendría que adquirir activos específico para la producción y comercialización de margarinas, además de obtener los permisos necesarios para la venta de dicho producto, en consecuencia su sustitución no alcanzaría los parámetros de rapidez y eficacia.



- Letra b), se evidenció que existe un tiempo importante en acoplar un sistema logístico a la producción de margarinas, además, del ingreso a las canales de distribución nacional, por lo que, no sería factible la sustitución, al menos en el corto y mediano plazo.
- Letra c), se consideró que de existir un cese de una actividad comercial, la adquisición de maquinaria podría traducirse en un costo hundido, por lo que, en este mercado la existencia de éstos costos limitaría la sustitución de la oferta, ante el riesgo de una inversión alta.
- Letra d), al identificar barreras de entrada se demostró que esta condición desincentivaría el ingreso de un potencial competidor, debido a que afectarían sus niveles de rentabilidad.
- Letra e), se concluyó que la existencia de costos hundidos así como la falta de operación al 100% de la planta del operador potencial, descartaría la posibilidad de entrada al mercado de margarinas.
- Letra f), se identificó que el competidor potencial, no mantendría capacidad instalada inutilizada para poder trasladarse al mercado de margarinas.
- Letra g), conforme la información aportada dentro del expediente, se demostró que los consumidores valorarían el precio y sabor, no obstante en relación con la marca se identificó un nivel de importancia media, lo que demostraría que los consumidores podrían aceptar una nueva marca, siempre y cuando, ingrese con precios competitivos y tenga buen sabor.

6.1.3. Mercado Geográfico

Conforme se hizo notar en la definición del mercado relevante, el mercado geográfico hace referencia a las zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. En este sentido, de acuerdo con la información constante en el expediente, el producto “Naturella”, objeto de la presente investigación, se comercializó en las siguientes provincias: Azuay, Bolívar, Cañar, Carchi, Cotopaxi, El Oro, Esmeraldas, Guayas, Imbabura, Loja, Los Ríos, Manabí, Morona Santiago, Orellana, Pichincha, Santa Elena, Santo Domingo, Tungurahua, Zamora Chinchipe.

En tal virtud, esta Intendencia tiene en cuenta que, en atención a lo establecido en el artículo 20 de la Resolución N° 011, la Dirección aplicó la Prueba de Correlación de Precio entre los precios del producto margarina en las provincias en las que se comercializó el producto. A tal efecto, dentro del Informe de Resultados N° SCPM-INICPD-DNICPD-012-2022, se evidenció lo siguiente:

Los resultados de la correlación de precios indican la existencia de coeficientes de correlación iguales o mayores a 0,80 entre 14 provincias donde se distribuyó el producto. En consecuencia, dada la existencia de coeficientes de correlación que dan cuenta de una posible sustitución en 14 de las 19 provincias donde se comercializó el producto “Naturella”, y que dentro de las primeras se encuentran las provincias más representativas como: Guayas, Pichincha, Manabí y Azuay; esta Dirección considera pertinente establecer como el ámbito geográfico de análisis a nivel nacional (Los resultados de la Prueba de Correlación de Precios se exhiben en el Anexo 1).



En consecuencia, con base en los resultados de la Prueba de Correlación de Precios, esta Intendencia ha formado su criterio respecto de que el ámbito de competencia de este mercado, es a nivel nacional, esto al identificar coeficientes de correlación iguales o mayores a 0,80 entre las 14 provincias donde se comercializó el producto.

6.1.4. Marco Temporal y Estacionalidad

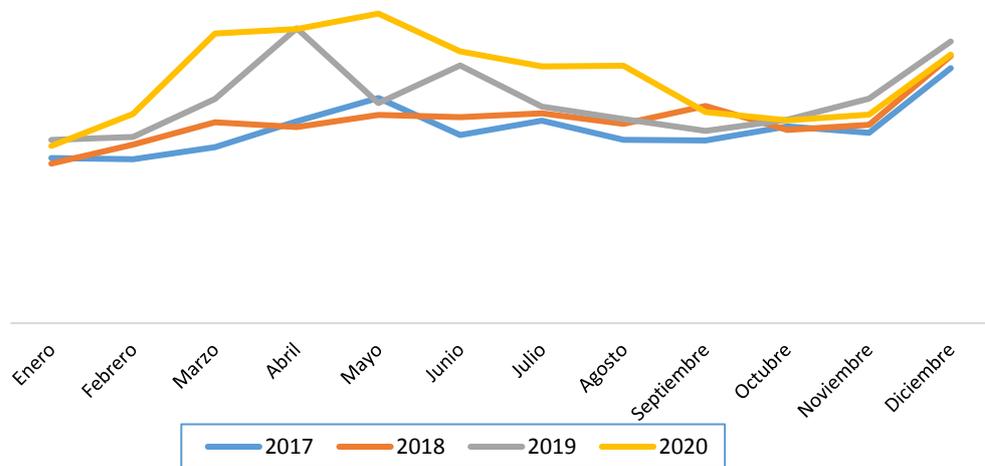
Al respecto, la resolución N°011 define al marco temporal y estacional de una investigación de la siguiente manera:

Artículo 14.- 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.

Con relación al marco estacional, la Dirección consideró lo siguiente:

En relación a la estacionalidad, del análisis de las unidades comercializadas de margarina de manera mensual durante el período 2017-2020, se puede concluir que la estacionalidad no es un factor determinante en la demanda de este producto. Así, los incrementos mensuales en la cantidad demandada de este producto difieren año a año. (...)

Gráfico (...) Tendencia en las Unidades Comercializadas de Margarina



Fuente: Información proporcionada por Supermercados, mediante respuestas al Cuestionario N°5.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

En este sentido, del análisis de las tendencias de las unidades comercializadas mensualmente durante el período 2017-2020, esta Intendencia no aprecia una estación específica en la que se efectuó las ventas del producto margarina; por lo tanto, a criterio de esta Intendencia corresponde analizar el comportamiento del mercado durante todos los meses del año.



Respecto al mercado temporal, el Informe de Resultados determinó éste con base en la temporalidad en la que el presunto empaque infractor estuvo en el mercado, esto es, de junio de 2021 a agosto del mismo año, como se evidencia en la siguiente ilustración:

Tabla (...) Etiquetas de la margarina "Naturella" y sus temporalidades

ENVASE	PERÍODO
	Fecha de inicio: 28/6/2021 Fecha de fin: 21/8/2021

Fuente: Información proporcionada por INDUSTRIAS ALES C.A., con ID. 249748.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

En consecuencia, esta Intendencia coincide con la Dirección en el sentido de que la temporalidad de las presuntas conductas estaría comprendida en las fechas durante las cuales se comercializó el producto con la etiqueta referida *ut supra*, esto es, desde junio de 2021 hasta agosto de 2021.

6.1.5. Determinación del Mercado Relevante

Con base en la determinación del mercado del producto, así como del mercado geográfico, la Dirección determinó el mercado relevante de margarinas de la siguiente manera:

Conforme los análisis precedentes, esta Dirección determinó que en el presente expediente, el mercado relevante está conformado por las margarinas comercializadas a nivel nacional.

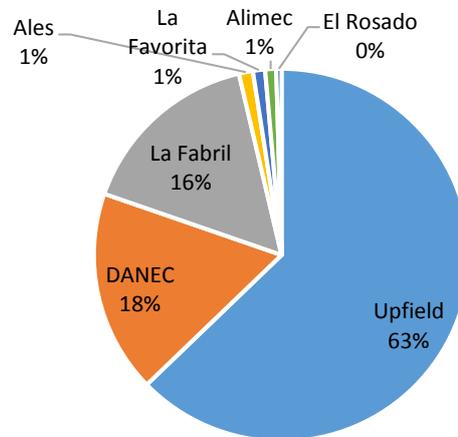
Con relación al mercado temporal, el mismo se determinó en función de la temporalidad en las que se habrían cometido las presuntas prácticas desleales, esto es, de junio a agosto de 2021, sin que se haya identificado una estacionalidad específica.

En conclusión, esta Intendencia determina como mercado relevante para el presente caso a la **COMERCIALIZACIÓN DE MARGARINAS A NIVEL NACIONAL**; en complemento, se delimita como marco temporal al período comprendido entre los meses de junio a agosto de 2021, sin distinción de estacionalidad alguna.

Con relación a las participaciones de los operadores económicos en el mercado relevante durante el año 2021, el cual corresponde al año en que se realizaron las presuntas prácticas desleales, la Dirección ilustró las siguientes cuotas:



Gráfico (...) Participaciones Mercado Relevante Margarina 2021



Fuente: Información proporcionada por operadores económicos, mediante respuestas a los cuestionarios N°4 y 9.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

En ese contexto, esta Intendencia considera pertinente resaltar las siguientes características en este mercado relevante:

... en el mercado relevante de las margarinas se destaca la participación del operador económico UPFIELD ECUADOR S.A., con el 63% del mercado, le siguen los operadores Danec con el 18% y La Fabril con el 16%.

En el caso del operador económico INDUSTRIAS ALES C.A., esta empresa ingresó al mercado de las margarinas con el producto “Naturella” en 2021, y alcanzó en este año una participación del 1%.

En virtud de lo expuesto, en el marco de los actos desleales investigados en este expediente, resulta relevante destacar la participación del operador UPFIELD ECUADOR CIA. LTDA., el cual refleja un marcado liderazgo en este mercado con el 63% de participación; por otro lado, el operador económico investigado, INDUSTRIAS ALES C.A., alcanzó en este año una participación del 1%.

SÉPTIMO.- ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS DESLEALES

7.1. Elementos constitutivos de las conductas desleales

7.1.1. Actos de confusión

Conforme el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la LORCPM establece a los actos de confusión como:

- 1.- Actos de confusión.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, **crear confusión** con la actividad, las prestaciones, **los productos** o el establecimiento ajenos.



En particular, se reputa desleal el **empleo o imitación de signos distintivos ajenos**, así como el empleo de **etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero**. (Énfasis añadido)

De acuerdo a lo analizado en varios casos relacionados con esta conducta, conforme lo determina la LORCPM, un comportamiento de éste tipo se configura como desleal, cuando genera confusión en los consumidores, entre otros, al emplear o imitar signos distintivos o medios de identificación, que en el mercado se asocian a un ajeno o de un tercero.

Para Massaguer, los actos de confusión se definen en los siguientes términos:

“... el acto de confusión como comportamiento de **toda clase idóneo para crear confusión** con la actividad, las **prestaciones** o el establecimiento ajenos, circunstancia que se atiende producida ya cuando es apto para **crear un riesgo de asociación** por parte de los consumidores respecto de su **procedencia empresarial**. De este modo, el centro de gravedad de la deslealtad parece situarse en la expoliación de las ventajas competitivas ligadas a otro sujeto, sea a su actividad, establecimiento o **prestaciones** (deslealtad frente a los competidores); sin embargo, el reproche de deslealtad se asienta en la **reacción de los consumidores** ante el suministro de una información que no se corresponde con la realidad (deslealtad frente a los consumidores)”. (Énfasis me pertenece)

En este orden de ideas, esta Intendencia considera que los actos de confusión, confluyen cuando un operador económico, por objeto o como efecto, real o potencial, induce a que los consumidores asocien sus productos, actividades o establecimientos con el de un tercero.

En complemento, en virtud de que esta conducta mantiene una estrecha relación con infracciones de índole intelectual, la Dirección en su análisis consideró el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que en su parte específica manifestó:

“(…) toda vez que un signo para que pueda ser captado y apreciado, es necesario que pase a ser una **expresión material identificable**, a fin de que al ser **aprehendida** por medios sensoriales y asimilada por la inteligencia, penetre en la mente de los consumidores o usuarios.²²” (Énfasis añadido)

Conforme el pronunciamiento del Tribunal, esta Intendencia entiende que, para que los signos distintivos, medios de identificación, estructura semántica y características, sean aptos para identificar o asociar con un producto en específico, es necesario que estos elementos pasen a ser

²² Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 46-IP-2000, marca: “CAMPO VERDE”, publicado en la Gaceta Oficial N° 594, de 21 de agosto del 2000.



una expresión **identificable o asociable** en la mente de los consumidores.

En este sentido, una vez que de manera confusa los consumidores asimilaron el producto o servicio con el de un tercero en el mercado, se configuraría uno de los elementos de la conducta, en tanto que, los consumidores adquirieron el producto o servicio, al asociar con un origen empresarial diferente.

En sumo, el uso de características o iniciativas empresariales de un tercero, podría confundir a los consumidores, e influenciar negativamente en su decisión de compra, en tanto que, las “herramientas representativas o signos distintivos ajenos, etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación” de los productos o servicios, dotan de identidad empresarial a los mismos.

En el presente caso, es necesario identificar si los consumidores asocian los elementos de NATURELLA frente a los elementos del producto BONELLA, para lo cual, el Informe de Resultados consideró pertinente citar el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por medio del cual, consideró que la conducta tiene las siguientes características:

- “1. Se trata, entonces, de determinar si dichos actos, en relación con un competidor determinado, **generan confusión en el público consumidor respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor.**
2. La norma se refiere a **cualquier acto capaz de crear confusión por cualquier medio.** Lo anterior quiere decir que se pueden presentar **diversas maneras de crear confusión** respecto de los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor. Pueden, en efecto, darse en forma de artificios, engaños, aseveraciones, envío de información, imitación de marcas, productos, envases, envolturas, etc.
3. Para catalogar un acto como desleal, es **condición necesaria que los competidores concurren en un mismo mercado.** Lo anterior es así, ya que si no hay competencia, es decir, si los actores no concurren en un mismo mercado no se podría hablar de competencia desleal...”²³. (Énfasis añadido)

En este contexto, la conducta desleal se configuraría cuando se logre confundir a los consumidores, en relación a la imagen, prestaciones o signos utilizados en los productos, que

²³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 11-IP-2006, “Interpretación prejudicial de los artículos 154, 190, 191, 192, 243, literales a), b), y c), 258, 259, literales a), b) y c), 267, 268 y 269, y de la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, con fundamento en la consulta formulada por el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo, Cuenca, República del Ecuador”, p. 12.



permitan concluir que proceden del mismo origen empresarial, o su vez, que dichos operadores mantengan alguna relación comercial, generando la impresión que se traten de los mismos productos o de la misma compañía.

En complemento, la doctrina ha diferenciado dos modalidades que se pueden dar en el marco de un acto de confusión desleal:

- a) La confusión directa o inmediata, que se presenta “cuando el consumidor, debido a la **identidad o gran similitud de las prestaciones**, considera que se trata del mismo signo distintivo.²⁴
- b) La confusión indirecta o mediata, en materia de signos distintivos se presenta “cuando el consumidor aprecia que son **dos signos distintivos, pero su parecido le lleva a entender que ambas prestaciones proceden de la misma empresa**, imputando las diferencias a que se trata de una modernización del antiguo producto, aun nuevo miembro de la familia de productos o a que los productos proceden de diferentes sucursales o establecimientos.²⁵ (Énfasis añadido)

Es decir, la confusión no solo se presenta en signos distintivos, sino en sentido amplio, en sus diseños, elementos, envases, empaques, etiquetas, y que conforme su parecido lleve a entender que en ambas presentaciones proceden del mismo origen, relacionando pequeñas diferencias a una nueva variación de su mismo producto.

Una vez contextualizados los elementos constitutivos de esta conducta, en observancia de lo establecido en la LORCPM, y en consideración de los precedentes jurisprudenciales y doctrinales, esta Autoridad tiene en cuenta que, conforme los elementos que obran del presente expediente, los presuntos actos de confusión en el caso concreto, tendrían lugar debido a que ALES habría utilizado, en la presentación de su producto “NATURELLA”, los elementos gráficos que UPFIELD ocupa en el envase y etiqueta del producto “BONELLA”.

En este contexto, la Dirección consideró importante referir que, para identificar o descartar la existencia de los actos de confusión, las reglas delimitadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina²⁶ establecen:

²⁴ PORTELLANO, P., La imitación en el derecho de la competencia desleal. Op. cit, p. 268.

²⁵ PORTELLANO, P., La imitación en el derecho de la competencia desleal. Op. cit, p. 268. Al respecto la jurisprudencia española, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. STS 3/2011. reconoce esta categoría de confusión en los siguientes términos: "cuando el consumidor, pese a ser consciente de que los productos en conflicto no son los mismos (no confunde uno por el otro), sea inducido a pensar que proceden del mismo origen empresarial o de orígenes empresariales distintos pero vinculados entre sí."

²⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 43-IP-2018. – Interpretación Prejudicial de 08 de noviembre



“Para analizar el riesgo de confusión entre **envases y empaques** la autoridad debe tener en consideración **todos los elementos involucrados**: el diseño de las formas, los materiales utilizados, los colores, los elementos gráficos y denominativos, y la **disposición de los elementos** antes mencionados. Se trata de un **análisis integral** que tiene por objeto comparar el envase con el empaque, o dos envases o dos empaques.

La Actuación de buena fe implica que cada empresario, **sobre la base de su esfuerzo empresarial** (eficiencia), diseñe sus propios envases y empaques, lo que evidentemente tiene un costo. La competencia, por el contrario, supone atraer clientes de manera desleal (sin esfuerzo empresarial), en el cual, por ejemplo, el empresario infractor, o **imita** el envase o empaque de competidor **simplemente para ahorrar los costos** que implicaría elaborar un diseño propio, o imita el envase o empaque para **inducir a error al consumidor y así desviar la clientela...** (Énfasis añadido)

Lo que conlleva a considerar para el análisis de los envases, lo siguiente:

- a) Análisis integral de los elementos que componen el envase.
- b) La disposición de los elementos en cada envase.

En este orden, corresponde a esta Intendencia analizar de manera integral los envases de UPFIELD y ALES, así como su composición, conforme lo referido *ut supra*, con el objetivo de identificar elementos de convicción o descartarlos respecto de la conducta desleal contemplada en el numeral 1 del artículo 27 de la LORCPM.

7.1.2. Planteamiento del problema de jurídico

Con el objetivo de brindar mayor claridad respecto del análisis técnico jurídico del caso en concreto, esta Intendencia encuentra necesario formular el siguiente problema jurídico:

PJ1: ¿Existen elementos de convicción sobre el cometimiento prácticas desleales, en la modalidad de actos de confusión por parte del operador económico INDUSTRIAS ALES C.A., con la comercialización de su producto “NATURELLA”, en el marco de la LORCPM?

7.1.3. Análisis de la Intendencia

Esta Intendencia, para iniciar el análisis correspondiente a los envases de los productos “NATURELLA” y “BONELLA”, procede a citarlos conforme consta en el Informe de Resultados:



- **BONELLA**

Envases	Consideraciones
<p>1.</p> 	<p>La nueva presentación de BONELLA, habría ingresado al mercado desde el 04 de junio de 2019.</p> <p>A criterio del operador, los cambios en la presentación del envase del producto, habría sido debido a que el operador UPFIELD EUROPE B.V., compro las compañías Unilever N.V. y Unilever PLC.</p> <p>La modificación implementada por el operador UPFIELD, habría sido con el propósito de que la imagen del producto BONELLA, vaya acorde a la filosofía de la empresa, y se comunique a los consumidores, los beneficios del producto.</p>
<p>2.</p> 	<p>UPFIELD estaría comercializando el producto BONELLA, con la presentación ejemplificada, desde junio de 2021, hasta la actualidad.</p>

Fuente: informe de resultados DNICPD
Elaborado: INICPD

- **NATURELLA**

Envases	Consideraciones
<p>1.</p> 	<p>ALES habría modificado su empaque, y comercializado su producto, desde el 28 de junio hasta el 22 de agosto de 2021.</p>
<p>2.</p> 	<p>NATURELLA habría modificado su empaque, y comercializado su producto, desde 22 de agosto hasta el 21 de noviembre de 2021.</p>
<p>3.</p>	<p>NATURELLA habría modificado su empaque, y</p>



	<p>comercializado su producto, desde 21 de noviembre de 2021 hasta la actualidad.</p>
---	---

Fuente: informe de resultados DNICPD
Elaborado: INICPD

Al respecto, esta Intendencia enfocará su análisis, acorde a su temporalidad en la comercialización con cada envase, por lo que en este orden, se procede a resaltar las semejanzas conforme el esquema analítico descrito por el Tribunal Andino, de la siguiente manera:

- **Comparación A**

UPFIELD	ALES
	
<ol style="list-style-type: none"> Hojas de color verde en la parte superior izquierda, e inferior derecha de la parte frontal del empaque.  La representación o imagen de un sol en la parte frontal del empaque.  Un fondo de color blanco detrás del nombre del producto.  Las letras del nombre del producto (BONELLA) de color azul.  	<ol style="list-style-type: none"> Hojas de color verde en la parte superior izquierda, e inferior derecha de la parte frontal del empaque, debajo del nombre del fabricante (ALES) de color rojo, en un tamaño reducido.  La representación o imagen de un sol en la parte frontal del empaque.  Un fondo de color blanco detrás del nombre del producto.  Las letras del nombre del producto (NATURELLA) de color azul. 



 <p>5. El empaque en general, mantiene como colores predominantes el amarillo y verde; además, la tapa de color verde.</p>  <p>6. Contenido del producto 500g, en la parte inferior izquierda del empaque.</p> 	 <p>5. El empaque en general, presenta en mayor porcentaje, los colores amarillo y verde; así también, la tapa es color verde.</p>  <p>6. Contenido del producto (500g), en la parte inferior izquierda del envase.</p> 
<p>COMPARACIÓN:</p> <p><i>Una vez examinado los elementos que componen los empaques de “BONELLA” y “NATURELLA”, esto es, diseño, colores, elementos gráficos y denominativos, posición y dimensión, a priori, esta Dirección identificó que los envases guardan un alto porcentaje de similitud, en específico, en los elementos gráficos; colores; dimensión; posición; y, contenido...</i></p>	

Fuente: informe de resultados DNICPD

Elaborado: INICPD

En este sentido, esta Intendencia coincide con la DNICPD, por cuanto, se evidencia varios elementos que comparten semejanzas entre el envase de “BONELLA” y el de “NATURELLA”, principalmente, en los siguientes términos:

1. Hojas de color verde en la parte superior izquierda, e inferior derecha de la parte frontal del envase.
2. La representación o imagen de un sol en la parte frontal de la etiqueta.
3. Un fondo de color blanco detrás del nombre del producto.
4. Letras del nombre de los productos son de color azul.
5. Los envases principalmente utilizan los colores amarillo y verde.



6. Las tapas son de color verde.
7. El contenido de los productos es de 500gramos y consta en la parte inferior izquierda de los envases.

En consecuencia, y del análisis conjunto, esta Intendencia concuerda con la DNICPD, respecto de que por la disposición, dimensión y composición de los elementos de los productos “BONELLA” y “NATURELLA” comparten un gran porcentaje de similitud.

En adición, sobre este punto, obra del expediente, el Informe Semiótico elaborado por el Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación²⁷ (en adelante CRDPIC), el cual permitió a esta Intendencia identificar que, los envases comparten varios elementos similares, esto es: gráficos; colores; presentación; y, contenido, que dada su dimensión y ubicación, podrían crear confusión respecto de la procedencia empresarial de los productos controvertidos²⁸.

En lo principal, del análisis del envase de “BONELLA”, el CRDPIC señaló:

“- El anverso (cara principal del empaque) del envase del producto presenta un fondo en el que **predomina el código cromático amarillo** que figura como uno de los **principales referentes de identidad del producto...**”

“- El constructo analizado corresponde a un envase conformado por tres dimensiones (largo, ancho y profundidad), de figura cuboide, caracterizado como un paralelepípedo, en el que **predomina códigos cromáticos amarillos, azules y verdes**. Se observa que su cobertura corresponde a una tapa de color verde.”

“- El anverso (cara principal del empaque) del envase del producto presenta un fondo en el que

²⁷ La Intendencia mediante providencia de 07 de marzo de 2022, solicitó un informe semiótico respecto de los empaques (BONELLA y NATURELLA) “A”, al Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación.

²⁸ Informe N.º CRDPIC-CGD-DTEC-2022-001-AS-MARGARINA, adjunto por el CRDPIC al oficio N.º CRDPIC-PREC-2022-0001-EQ, con ID 231850.

El CRDPIC, con base en el análisis semiótico comparativo entre los envases de “BONELLA” y “NATURELLA”, concluyo:

“I. Se evidencia elementos **comunicacionales y unidades comunicativas** en los envases de margarina “Bonella-500 g.” y margarina “Naturella-500 g.” con **características similares** en su morfología, así como también en el **uso de sus códigos cromáticos (uso del color amarillo, azul y verde)**, en sus códigos lingüísticos (se evidencia frases comunes en los dos envases), en sus códigos **iconográficos (hojas, sol)**, mismas que, en conjunto, constituyen características que **denota similitud entre las representaciones de los rasgos de los productos antes mencionados.**” (Énfasis añadido)



predomina el código cromático amarillo que figura como uno de los **principales referentes de identidad del producto...**

(...)

“En la parte **superior izquierda** y en la parte **inferior derecha** del anverso del producto se evidencia la sobreimposición de un código iconográfico que representa **tres hojas ovadas de color verde...**” (...)

“En la parte superior central del anverso, se observa que, sobre la figura curvilínea de color amarillo pastel degradado, se ha colocado un **código iconográfico que representa al sol...**”

(...)El constructo analizado corresponde a un envase conformado por tres dimensiones (Largo, ancho y profundidad), de figura cuboide, caracterizado como un paralelepípedo, en el que **predomina códigos cromáticos amarillos y verde**. Misma que incluye cobertura que corresponde a una **tapa de color verde...**

En este contexto, el Consejo evidenció que, como elemento predominante del envase de “BONELLA”, se encuentran los colores, amarillo, azul y verde. Además, de que constan tres hojas ovaladas de color verde, un icono que representaría un sol, y tapa color verde.

Así también, en relación al envase de “NATURELLA”, el CRDPIC manifestó:

“3.2.3 Análisis morfológico...”

- El constructo analizado corresponde a un envase conformado por tres dimensiones (largo, ancho y profundidad), de figura cuboide, caracterizado como un paralelepípedo, en el que **predomina códigos cromáticos amarillos, azules y verdes**. Se observa que su cobertura corresponde a una **tapa de color verde.**”

“- El anverso (cara principal del empaque), presenta un fondo en el que predomina el código cromático amarillo, que figura como principal referente de identidad del producto y sobre el que se ha sobreimpuesto diversos códigos lingüísticos de color azul y verde, así como códigos iconográficos de color verde.”

“En este mismo lado, en su parte superior izquierda se evidencia la sobreimposición del **logo de la empresa productora (Alex) (sic) en color rojo**. Bajo este se evidencia la presencia de **códigos iconográficos que representa dos hojas ovadas de color verde, ubicadas de forma conjunta una sobre otra...**” (Énfasis añadido)

(...) En la parte superior **central de la parte frontal**, se observa el logotipo del producto que está constituido por un código iconográfico que **representa al sol, de color amarillo**, el cual está ubicado entre dos códigos iconográficos de **dos montañas de color verde**. Bajo esta construcción se observa el **nombre del producto** inscrito en color azul...”

(...) - El reverso (cara opuesta al anverso) **guarda correspondencia** con la composición **cromática, iconográfico y lingüística del anverso**, diferenciándose **únicamente** por la sobreimposición de los códigos de registro de **fecha de elaboración y de expiración.** (...)



“Denotación¹², Connotación¹³ (recurrencias o reiteraciones del contenido semántico a lo largo de un conjunto de enunciados).”

“- En relación a la denotación, los elementos utilizados en el diseño del envase, tienen la función de **identificar y cualificar al producto**. El elemento que mayor relevancia presenta es el código cromático, que al ser reforzado por códigos icónicos y lingüísticos aportan a la construcción identitaria del producto. En este sentido, el nombre del producto en la parte frontal y posterior tiene una función relevante para **identificar la marca**.” (...)

3.2.4.3 Isotopías y sentido dominante

Se evidencia como isotopías:

- Código cromático, **amarillo, verde, azul**: atmósfera de naturaleza;
- Se dirige la atención al **centro del empaque** para destacar el nombre de la marca...”

Las referidas conclusiones, permiten formar el criterio de esta Intendencia respecto de que en el envase de “NATURELLA”, se destacan los colores amarillo, verde, azul, las hojas verdes, la figura de un sol, la tapa de color verde, entre otros.

Finalmente, en el Informe realizado por la CRDPIC, se realizó la comparación de los dos envases de la siguiente manera:

“5. ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LOS ENVASES ANALIZADOS”

“5.1 En relación a los envases de los productos margarina “Bonella-500 g.” y “Naturella-500 g.””

El análisis evidencia que:

- A nivel morfológico los dos envases son de **figura cuboide, caracterizados como paralelipedos**, con **predominancia de códigos cromáticos amarillo, azul y verde**;
- Los envases tienen coberturas correspondientes a **tapas de color verde**;
- En los envases se observa que contienen un empaque que presenta una variedad de signos de tipo ostensivo, conformado por códigos cromáticos, lingüísticos e iconográficos, con diversas tonalidades de color y texturas, manteniendo distancia horizontal o vertical entre ellos de manera repetida. En tal virtud, las **dos etiquetas coinciden en el predominio del código cromático amarillo, que figura como principal referente de identidad del producto**. También, la presencia de códigos iconográficos que representa **dos hojas ovadas de color verde, ubicadas de forma conjunta tanto en el extremo superior izquierdo como en el extremo inferior derecho**. Cabe indicar que en los **envases se observa que de las hojas antes mencionadas se desprenden constructos iconográficos** que en el caso del producto Bonella corresponde a una hoja que incluye la frase “sin grasas trans”, y en el caso del producto



Naturella corresponde a una cinta que incluye la frase “0% Colesterol, escritos en color blanco;

- Los envases utilizan el código iconográfico que **representa al sol** en color amarillo, el cual se configura como un ícono que se constituye en parte del logotipo del producto, que es complementado por los nombre del producto inscritos en color azul.

- A nivel semántico, se evidencia que el nombre del primer producto corresponde a la palabra “Bonella”, que **coincide en su ubicación en la parte central de la parte frontal** de la etiqueta del envase de la margarina “Naturella”, nombres que coinciden en su terminación lingüística “ella” y en el **color que están escritos, el azul**.

- Se observa que los **dos envases coinciden, en el extremo inferior izquierdo del anverso, en el uso de códigos lingüísticos con información del contenido neto del producto: “Cont. Net. 500g”**, y, a renglón seguido, la frase “Margarina de mesa reducida en grasa”, cuya función es de relevo para cualificar al producto.

- En el reverso, las etiquetas guardan correspondencia con la composición cromática, pero varía en el nivel iconográfico.

- En los dos envases, la parte lateral izquierda de la presentación del producto guarda correspondencia con la composición cromática del anverso (utilización del **color amarillo**) y la utilización de un cuadrado blanco, en la cual se encuentra colocada la semaforización alimenticia en la cual se informa la cantidad de grasa y sal que aportaría una ración del alimento ofertado, bajo estos se encuentra la frase “no contiene AZÚCAR”.

- Los envases resaltan de forma denotativa y connotativa las marcas “Bonella” y “Naturella” respectivamente.

- Los envases asocian sus productos con los **colores amarillo, verde, azul**,

- La disposición de los códigos cromáticos, icónicos y lingüísticos dispuestos en los envases relacionan a los productos, tanto por asociación como por connotaciones psicológicas del color y de los íconos utilizados, con la naturaleza, cualificándolos con bondades positivas que esta pueda contener.

“6. CONCLUSIÓN GENERAL”

“I. Se evidencia elementos **comunicacionales y unidades comunicativas** en los envases de margarina “Bonella-500 g.” y margarina “Naturella-500 g.” con **características similares** en su morfología, así como también en el **uso de sus códigos cromáticos (uso del color amarillo, azul y verde)**, en sus códigos lingüísticos (se evidencia frases comunes en los dos envases), en sus códigos **iconográficos (hojas, sol)**, mismas que, en conjunto, constituyen características que **denota similitud entre las representaciones de los rasgos de los productos antes mencionados.**” (Énfasis añadido)

En este sentido, esta Intendencia ratifica su criterio respecto de que los dos envases comparten elementos similares, gráficos, colores, presentación, y ubicación, lo que podría interpretarse frente a los consumidores, que se tratarían de los mismos productos, o del mismo o similar



origen empresarial.

Dicho lo anterior, esta Intendencia considera pertinente citar, los resultados de las encuestas realizadas a los consumidores de margarinas a nivel nacional, donde se identificó que, el 84% de los encuestados²⁹, coincidieron en que los envases de “BONELLA” y “NATURELLA”, son similares, principalmente porque los envases compartirían los siguientes elementos: 1.- colores de las etiquetas (35%); 2.- color de la tapa (30%); 3.- forma del envase (25%); 4.- las hojas de color verde en la parte superior izquierda e inferior derecha de los envases (20%); 5.- el sol (10%), lo que lleva a esta Intendencia a concluir que, el uso de los elementos individualizados anteriormente por parte de INDUSTRIAS ALES C.A en su producto NATURELLA, indebidamente crearía confusión en los consumidores, respecto de la procedencia empresarial del producto investigado.

Es importante señalar que los envases analizados en la comparación A, “NATURELLA” corresponde a la temporalidad que estuvo en el mercado ecuatoriano, esto es, desde junio de 2021 hasta agosto de 2021.

En resumen y por el análisis antes referido, esta Intendencia concluye que los envases identificados en líneas anteriores (Comparación A), por el esquema utilizado por INDUSTRIAS ALES C.A., en su producto “NATURELLA”, sería apto para generar confusión indebida en los consumidores respecto de su origen empresarial, generando la idea que podría tratarse del producto “BONELLA” propiedad de UPFIELD, lo que significa, que existen elementos de convicción respecto de la conducta de confusión, conforme los parámetros que contempla el numeral 1 del artículo 27 de la LORCPM.

- **Comparación B**

UPFIELD	ALES
COMPARACIÓN B	
	

²⁹ Resultado obtenido de la pregunta 8.3 de las encuestas realizadas. - **¿Usted considera que los empaques son similares?**



<ol style="list-style-type: none">1. Hojas de color verde en la parte inferior derecha del empaque.2. La representación de un sol de color amarillo, en la parte frontal del empaque.3. Un fondo de color blanco detrás del nombre del producto.4. Las letras del nombre del producto (BONELLA) de color azul.5. El empaque presenta principalmente los colores amarillo y verde; la tapa es de color verde claro o tenue.6. El contenido (500g) del producto, en la parte inferior izquierda del envase.	<ol style="list-style-type: none">1. Hojas de color verde en la parte inferior derecha de la parte frontal del empaque.2. En la parte frontal del empaque, la representación de un sol de color amarillo.3. Un fondo de color blanco en la parte central del empaque, detrás del nombre del producto, la representación de un sol y montañas.4. Las letras del nombre del producto (NATURELLA) de color azul.5. En el empaque predominan los colores amarillo y verde; la tapa es de color verde.6. El contenido del producto (500g).
--	--

COMPARACIÓN B:

De los envases analizados, esta Dirección observó que los empaques de “NATURELLA” y “BONELLA”, presentaron ciertas modificaciones respecto del empaque “A”.

Entre las modificaciones de la presentación del producto “NATURELLA”, el empaque presentó las siguientes:

- a) Eliminación de las hojas de color verde en la parte superior izquierda de la parte frontal del empaque.***
- b) El fondo del corazón ubicado en la parte superior derecha del empaque, es de color blanco.***
- c) El nombre del fabricante (ALES), incremento su dimensión, empero, en un mínimo porcentaje.***

En complemento, “BONELLA” presentó los siguientes cambios:

- a) El color de la tapa se modificó de un verde oscuro a verde claro o tenue.*
- b) Eliminación de las hojas de color verde de la parte superior izquierda del empaque, y dejó únicamente la representación de una hoja de color verde y blanco.*
- c) El color de las letras, y eslogan del empaque, se modificaron de verde a azul.*
- d) Eliminación de la frase “por Rama”, y el eslogan “Contiene grasas buenas como Omegas 3 y 6”; e insertó los siguientes eslogan “Delicioso sabor para cocinar, untar u hornear” y “MARGARINA DE MESA REDUCIDA EN GRASA”*

Sin perjuicio de lo subrayado, del análisis a los envases de “BONELLA” y “NATURELLA”, este órgano de investigación considera que los envases guardan ciertas similitudes, entre estas, diseño; colores; gráficos; dimensión; y, ubicación.

Fuente: informe de resultados DNICPD
Elaborado: INICPD



En este sentido, esta Intendencia concuerda con la DNICPD, en que las modificaciones realizadas en el envase de “NATURELLA” (usado en el mercado desde agosto 2021 a noviembre de 2021), provocaron que disminuya el porcentaje de similitud con el envase de “BONELLA”, es decir, del análisis de la comparación B, se identifica menor semejanza entre los productos, por lo que, existiría un menor riesgo de asociación por parte de los consumidores.

- **Comparación C**

UPFIELD	ALES
COMPARACIÓN C	
	
<ol style="list-style-type: none">1. La representación de un sol de color amarillo, en la parte frontal del empaque.2. Un fondo de color blanco detrás del nombre del producto.3. Las letras del nombre del producto (BONELLA) de color azul.4. El empaque presenta principalmente los colores amarillo y verde; la tapa es de color verde claro o tenue.5. El contenido (500g) del producto, en la parte inferior izquierda del envase.	<ol style="list-style-type: none">1. En la parte frontal del envase, la representación de un sol de color amarillo.2. Un fondo de color blanco en la parte central del empaque, detrás del nombre del producto, la representación de un sol y formas de montañas.3. Las letras del nombre del producto (NATURELLA) de color “purple”.4. En el empaque predominan los colores amarillo (intenso) y verde, y la tapa de color verde.5. El contenido del producto (500g) en la parte inferior izquierda.
<p>COMPARACIÓN C:</p> <p><i>Del examen a los empaques de “BONELLA” y “NATURELLA”, esto es, diseño; colores; elementos gráficos; dimensión; y, ubicación, a priori, es criterio de esta Dirección que los envases guardan las siguientes similitudes:</i></p> <ol style="list-style-type: none">1. <i>La representación de un sol de color amarillo, en la parte frontal de los envases.</i>	



2. El fondo de color blanco detrás del nombre de los productos.
3. El empaque presenta principalmente los colores amarillo y verde.
4. El contenido (500g) de los productos, así como la ubicación del mismo.

En este contexto, este órgano de investigación observó que si bien los envases guardan ciertas semejanzas, las mismas se ven mermadas, a comparación de las similitudes identificadas en el envase “A” de “NATURELLA”.

Fuente: informe de resultados DNICPD
Elaborado: INICPD

Por lo que, del análisis de la comparación C, “NATURELLA” (envase utilizado en el mercado desde noviembre de 2021 a mayo de 2022) esta Intendencia coincide con la DNICPD, por cuanto, sin bien siguen existiendo similitudes en sol, fondo blanco, colores amarillo y verde, y mismo contenido (500g), su distribución en los envases se encuentra en menor grado parecidos, respecto a la comparación, por lo que, tampoco en estos envases se identifica riegos de asociación por parte de los consumidores de margarinas.

- **Comparación D**

UPFIELD	ALES
COMPARACIÓN D	
	
<ol style="list-style-type: none">1. La representación de un sol de color amarillo, en la parte frontal del empaque.2. Un fondo de color blanco detrás del nombre del producto.3. Las letras del nombre del producto (BONELLA) de color azul.4. El empaque presenta principalmente los colores amarillo y verde; la tapa es de color verde claro o tenue.	<ol style="list-style-type: none">1. En la parte frontal del empaque, la representación de un sol de color amarillo.2. Un fondo de color blanco en la parte central del empaque, detrás del nombre del producto, la representación de un sol y montañas.3. Las letras del nombre del producto (NATURELLA) de color purple.4. En el empaque predominan los colores amarillo (intenso) y verde, y la tapa de color verde.



COMPARACIÓN D

Con estos lineamientos, esta Dirección considera que los elementos que “NATURELLA” compartía con la presentación de “BONELLA”, disminuyeron, por consiguiente, las semejanzas identificadas en los exámenes anteriores, esto es:

1. La posición y color de las hojas.
2. El color (azul) de las letras del nombre.
3. El color colores del envase.
4. Las tapas son de color verde.
5. El contenido de los productos (500g)

Es decir, debido a que ALES presentó su producto con: 1.- contenido de 450g; 2.- en la parte superior izquierda e inferior derecha, el operador ya no utiliza la representación de unas hojas de color verde; 3.- el nombre del producto es de color “purple”; 4.- la tapa es de color verde; y, 5.- el empaque presenta un color amarillo más intenso; en tal sentido, esta Dirección considera que el empaque presenta menos semejanzas, por lo que, permitiría distinguirse de la presentación de “BONELLA”.

Fuente: informe de resultados DNICPD

Elaborado: INICPD

En relación a la comparación D, “NATURELLA” (envase usado en el mercado desde mayo de 2022 hasta la actualidad) esta Intendencia destaca que el operador ALES en este envase realizó modificaciones adicionales a las señaladas en los análisis anteriores, en lo principal, el contenido de 450g, ya no utiliza las hojas en su etiqueta, el nombre de su marca consta en color “purple”, y el color de la etiqueta un color amarillo más intenso que las etiquetas usadas anteriormente, por lo que, se concluye que tampoco en ésta comparación existiría riesgo de confusión por parte de los consumidores respecto del origen de dichos productos.

En conclusión del análisis realizado en las comparaciones B, C y D, se identifica que el envase de “NATURELLA” no mantendría elementos suficientes como para ocasionar actos de confusión en los consumidores conforme establece el numeral 1 del artículo 27 de la LORCPM.

7.2. Actos de imitación

Respecto de la conducta de imitación, la LORCPM en su numeral 3, letra b) del artículo 27, establece:

“3.- Actos de Imitación.- Particularmente, se considerarán prácticas desleales...”

“b) La imitación de **prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero** cuando resulte idónea para generar **confusión** por parte de los consumidores respecto a la **procedencia empresarial** de la prestación o comporte un **aprovechamiento indebido de la reputación**”



o el esfuerzo ajeno. Las iniciativas empresariales imitadas podrán consistir, entre otras, en el **esquema general**, el texto, el eslogan, la **presentación visual**, la música o efectos sonoros de un anuncio de un tercero. (...)” (Énfasis añadido)

Conforme lo mencionado, esta Intendencia considera que, la imitación se define como conducta desleal, cuando se subsume en alguno de los supuestos de hecho descritos en la norma, estos son: a) cuando dicha imitación lesione un derecho de propiedad intelectual; b) cuando dicha imitación pueda generar confusión respecto de la procedencia empresarial de un producto o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o esfuerzo ajeno; y, c) la imitación de las prestaciones con el fin de impedir u obstaculizar la afirmación del operador imitado.

De esta forma, el tipo de la conducta se configura cuando un tercero “copia³⁰” el esquema general o la presentación visual del producto o servicio ajeno, en tanto que estos elementos son esenciales para que los consumidores diferencien un bien o servicio, en virtud de que estas herramientas dotan de identidad a un producto.

Es decir, la prestación; la iniciativa empresarial; la singularidad competitiva; o, la creación material gráfica que utilicen determinados colores o características para identificar un producto, puede tener como efecto, consumidores que de manera desleal, fueron influenciados en la decisión de compra de uno u otro producto.

En ese orden de ideas, Massaguer define a la imitación como “... *tomar como modelo un determinado objeto (imitado) para a partir de este obtener un nuevo modelo (imitación), que guardara por ello gran parecido con el inicial*”³¹

Para complementar lo referido, a esta Intendencia le parece relevante referirse a la cita realizada por la Dirección en su Informe de Resultados, el cual, en relación a los actos de imitación, señaló:

“copia”, “reproducción”, “producto falso”, “falsificado” o “pirata”; “(...) imitar es, en definitiva ejecutar algo a imagen y semejanza de otra cosa, tomar como modelo un determinado objeto (imitado), para a partir de éste obtener un nuevo modelo, que guardaría un gran parecido con el inicial (...)”³²

Así también, la DNICPD consideró lo señalado por Cabanellas, en el sentido de que:

³⁰ Reproducir con exactitud [una cosa] e ‘imitar [algo o a alguien]’. - <https://www.rae.es/dpd/copiar>

³¹ Eva Paola Yáñez Campoverde, La imitación como práctica de competencia desleal, Universidad del Azuay, 2018, Pág. 67.

³² Bercovitz, Alberto (2011). Comentaritos a la Ley de Competencia Desleal. Editorial Thomson Reuters. ISBN 978-84-9903-732-5.



“la imitación comprende tanto la copia idéntica de la prestación o iniciativa ajena, como así también la reproducción de sus elementos esenciales. Lo decisivo es que el producto del imitador alcance cierto grado de semejanza con el producto imitado, copiando los elementos que individualizan al competidor o condensan su esfuerzo”.³³

Así como, Vázquez de Alvaré respecto de los actos de imitación señala:

La imitación como acto puede manifestarse de diversas formas: por reproducción servil (falsificación) o por la combinación de los elementos distintivos esenciales con rasgos diferentes, siempre imitando a un competidor reputado en el comercio. Aunque en principio la imitación es libre, sí es reprimible para el caso de activos protegidos por las leyes de propiedad industrial cuando logra confundir al consumidor o cuando se trata de un aprovechamiento del esfuerzo ajeno. Es por ello que el principio de libre imitación no es absoluto y tiene sus límites.³⁴

En ese sentido, no todo acto de imitación es considerado desleal, sino únicamente aquellos que puedan lesionar derechos de propiedad intelectual, exista un riesgo de confusión o un aprovechamiento de la reputación ajena.

Ilustrando de mejor manera este criterio, desde la perspectiva en derecho comparado, la sala Primera del Tribunal Supremo Español³⁵, se refirió a los actos de imitación como:

“Toda imitación supone un cierto **aprovechamiento del esfuerzo ajeno**, y el principio de libre imitabilidad excluye que la imitación de la creación material ajena sea, per se, desleal. La deslealtad se justifica por el **modo y la forma** en que se llega a estar en condiciones de aprovechar esa prestación ajena objeto de imitación.” (Énfasis añadido)

Asimismo, el Tribunal Andino, en varias ocasiones ha manifestado:

“2.2 La actuación de buena fe implica que cada empresario, sobre la base de su esfuerzo empresarial (eficiencia), diseña sus propios envases y empaques, lo que evidentemente tiene un costo. La competencia desleal, por el contrario, supone atraer clientes de manera desleal (sin esfuerzo empresarial), caso en el cual, por ejemplo el empresario infractor, o imita el envase o empaque del competidor simplemente para ahorrar los costos que implicaría elaborar un diseño propio, o imita el envase o empaque para inducir a error al consumidor y así derivar la clientela. Ambos casos de imitación constituyen actos de competencia desleal.

2.3 La imitación de una iniciativa empresarial será lícita si ella es desarrollada de conformidad con

³³ Cabanellas, Guillermo (2014). Derecho de la Competencia Desleal. Editorial Heliasta S.R.L ISBN 978-84-943088-6-4 pagina 295 -304.

³⁴ Vázquez Dánice. La competencia DESLEAL en el mercado cubano. Editorial Unijuris, Pág. 82

³⁵ Sentencia 675/2014, de 3 de diciembre (RJ 2014, 6762)



la buena fe empresarial. Por ejemplo, si alguien pone un restaurante con karaoke nada impide que otro empresario, sobre la base de su libre iniciativa privada y libertad de empresa, limite la iniciativa de poner también su restaurante con karaoke, conservando cada uno sus marcas y diseños propios de cada establecimiento, de modo que no haya riesgo de confusión, ni directo ni indirecto, respecto del origen empresarial de ambos negocios (...)

2.4 Por tanto, un primer límite al derecho de imitación es respetar los derechos de propiedad industrial existentes (marcas, nombres comerciales, lemas comerciales). Un segundo límite es que no hay riesgo de confusión directo o indirecto. Un tercer límite, según la tipificación interna de cada país, será si la imitación es sistemática, lo que evidencia el aprovechamiento del esfuerzo y gastos en innovación en los que incurre el competidor.³⁶

Conforme las consideraciones expuestas, esta Autoridad entiende que, la imitación de una iniciativa empresarial a la luz de la LORCPM³⁷, no se limita únicamente a una infracción de índole intelectual, en tanto que, para determinar la real infracción de esta conducta desleal, es necesario verificar la existencia o no del riesgo de confusión directo o indirecto por parte de los consumidores. O por otro lado, cuando la imitación es sistemática, que esta evidencie el aprovechamiento del esfuerzo y los gastos en innovación que incurre el competidor afectado.

En este contexto, queda claro para esta Intendencia que, no solo se investiga la “copia” o utilización de signos ajenos, sino lo importante es identificar que este uso de signos de un tercero sea idónea para generar confusión en el mercado afectado. Así como cuando, la conducta consista en la imitación sistemática de las prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero, empero, siempre que tenga como objeto o efecto, impedir u obstaculizar el correcto funcionamiento del mercado.

7.2.1. Planteamiento del problema de jurídico

Una vez señalado el contexto en el que los actos de imitación resultan reprochables conforme lo establecido en la LORCPM, esta Intendencia, con el objetivo de centrar adecuadamente su análisis, considera necesario plantear el siguiente problema jurídico:

PJ2: ¿Existen elementos de convicción sobre el cometimiento prácticas desleales, en la modalidad de actos de imitación, letra b), por parte del operador económico INDUSTRIAS ALES C.A., con la comercialización de su producto “NATURELLA”, en el marco de la LORCPM?

³⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. - Interpretación Prejudicial N.º 205-IP-2019. Resolución de 28 de febrero de 2020.

³⁷ Literal b del numeral 4 del artículo 27 de la LORCPM.

7.2.2. Análisis de la Intendencia

Conforme el contexto referido, esta Intendencia tiene en cuenta la identificación de los envases, conforme consta en el informe de resultados elaborado por la DNICPD, de la siguiente manera:

COMPARACIÓN A	
UPFIEL	ALES
	
<p><i>Del examen a los empaques, esta Dirección identificó las siguientes similitudes:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Colores de los envases (verde y amarillo) 2. La posición, dimensión, y color de las hojas de la parte superior izquierda e inferior derecha del empaque. 3. El color de las letras de las marcas (azul) 4. El sol en el centro de los envases. 5. El fondo de color blanco en el centro de los empaques. 6. Las tapas de color verde de los envases. 7. El contenido de los productos (500g) 	<p><i>Con base en las herramientas individualizadas, esta Dirección considera que los envases comparten un alto grado de semejanza, debido a una posible copia de los principales elementos del envase de “BONELLA”, entre otros, colores; gráficos; posición; y, dimensiones.</i></p> <p><i>En tal sentido, a priori, se podría considerar que el envase de ALES, se creó a partir del modelo y/o elementos gráficos del producto de “BONELLA”.</i></p> <p><i>Por lo cual, es criterio de esta Dirección que, dado el alto nivel de semejanza de los elementos que utilizan los empaques, se podría configurar la conducta de imitación indebida; en tanto que los consumidores podrían confundirse y/o asociar con una marca u origen empresarial diferente.</i></p> <p><i>En este punto resulta importante resaltar que, conforme el análisis económico desarrollado en el presente informe, “BONELLA” habría ingresado al mercado en el año 2017, mientras que “NATURELLA” se comercializaría desde junio de 2021; es decir, el producto del operador UPFIELD, ya se vendría comercializando por varios años en</i></p>



	<p><i>el mercado³⁸, mientras que el producto de la empresa ALES, relativamente sería nuevo en el mercado³⁹, por lo cual, “BONELLA” tendría cierto reconocimiento en el mercado, que indebidamente podría ser aprovechado por “NATURELLA”.</i></p> <p><i>Así también, del análisis económico, esta Dirección identificó el ranking de las 10 principales marcas de margarina que se comercializan a nivel nacional⁴⁰, de lo cual se colige que “BONELLA” desde el año 2017 hasta el 2022, sería el producto con mayor demanda⁴¹ en el mercado.</i></p> <p><i>En este orden de ideas, esta Dirección entiende que “BONELLA” al estar por varios años en el mercado, ha ganado cierto prestigio y posición empresarial⁴², mientras que “NATURELLA”, al ser un producto relativamente nuevo, no mantendría una notoriedad significativa, en tal sentido, ALES para posesionar su producto en el mercado, podría aprovecharse de la posición y prestigio de UPFIELD.</i></p> <p><i>En esta misma línea de análisis, de la diligencia de encuestas, esta Dirección identificó que el 67% del público objetivo encuestado, respecto de la pregunta 7.7⁴³ (a ciegas), sin ver el nombre de “BONELLA”, los encuestados asociaron el envase con la referencia específica del producto, en consecuencia, este órgano de investigación considera que UPFIELD con su marca BONELLA si tendría notoriedad y prestigio en el mercado de margarinas, por lo cual,</i></p>
--	---

³⁸ Con base en el análisis económico, se identificó que “BONELLA” estaría en el mercado desde el 2017, es decir, el producto se estaría comercializando por 5 años en el mercado.

³⁹ Información proporcionada por ALES mediante escrito con ID 249748.

⁴⁰ Según los ingresos reportados por los operadores del mercado investigado.

⁴¹ Información económica remitida por los operadores del mercado de margarinas, en respuesta al cuestionario N.º 4.

⁴² <https://www.ekosnegocios.com/ranking-empresarial/2018>

<https://www.ekosnegocios.com/ranking-empresarial/2019>

<https://www.ekosnegocios.com/ranking-empresarial/2020>

⁴³ Resultado obtenido de la pregunta 7.7 de la pregunta: **¿A qué marca de margarina asocia usted el siguiente empaque?**



	<p><i>ALES al imitar o copiar los elementos predominantes de la presentación del denunciante, indebidamente podría beneficiarse de la posición que ha ganado “BONELLA”.</i></p> <p><i>Con estas consideraciones, esta Dirección colige que el envase de ALES, imitaría el esquema general del empaque de “BONELLA”, por lo cual, el envase de “NATURELLA” sería idóneo para crear confusión sobre la procedencia empresarial del producto, en consecuencia, “NATURELLA” podría haberse beneficiado indebidamente de la reputación de “BONELLA”.</i></p>
--	---

Fuente: Informe de resultados DNICPD

Elaboración: INICPD

Del análisis de la comparación A, realizado de los productos “NATURELLA” respecto de “BONELLA”, esta Intendencia, identifica lo siguiente:

- El envase de “NATURELLA” mantiene un alto grado de semejanza con “BONELLA”, en relación a: los colores de los envases (verde y amarillo), la posición, dimensión, y color de las hojas de la parte superior izquierda e inferior derecha de la etiqueta, el color de las letras de las marcas (azul), el sol, el fondo de color blanco en el centro de los envases, el uso de las tapas de color verde de los envases y el contenido de los productos (500g).

Es decir, esta Intendencia considera que el operador INDUSTRIAS ALES C.A., utilizó en su producto “NATURELLA” un similar esquema visual y elementos que en gran porcentaje coincide con el producto “BONELLA”.

Además, la marca “BONELLA” habría estado en el mercado desde el año 2017⁴⁴, mientras que “NATURELLA” habría ingresado desde junio de 2021, lo que, demuestra que el diseño, colores y elementos de la margarina fue utiliza primero por el denunciante, y el cual, al mantenerse durante alrededor de 5 años, gozaría de un posicionamiento en el mercado ecuatoriano. ⁴⁵

⁴⁴ E incluso conforme consta en el escrito con ID. 257398: “... BONELLA es una marca que se comercializa en el mercado ecuatoriano desde el año 1982, con protección marcaria desde 1987”.

⁴⁵ Con base en el análisis económico, se identificó que “BONELLA” estaría en el mercado desde el 2017, es decir, el producto se estaría comercializando por 5 años en el mercado.



- Del análisis del posicionamiento de marcas de margarinas, se identificó que “BONELLA”, se encontraría dentro del ranking de las 10 principales marcas, y sería el producto de mayor demanda en el mercado nacional.
- Así también, de las encuestas realizadas a los consumidores, esta Intendencia evidencia que el 67% de los encuestados, (respecto de la pregunta 7.7, donde se realizó la exhibición de la imagen del producto, tapando su marca), respondieron que existe una asociación del envase con “BONELLA”, lo que quiere decir, que dicha marca cuenta con notoriedad y posicionamiento en la mente de los consumidores dentro de este mercado.
- Además, se identificó que los envases utilizados en la comparación A, estuvieron en el mercado, principalmente “NATURELLA”, durante junio de 2021 hasta agosto de 2021.

En conclusión, del análisis realizado esta Intendencia considera que el esquema del envase de “NATURELLA” del operador INDUSTRIAS ALES C.A., en su conjunto y de manera sucesiva, guarda similitud con los elementos del producto “BONELLA”, lo que, podría resultar idóneo para generar confusión en los consumidores, principalmente, respecto del origen real del producto “NATURELLA”, en virtud de un aprovechamiento desleal del esfuerzo de un tercero en el mercado.

En complemento, conforme obra de las encuestas que reposan en el expediente, esta Intendencia demostró que los consumidores podrían asociar que los dos productos tanto “NATURELLA” y “BONELLA” pertenecerían a una misma empresa, o que al menos, mantendrían alguna vinculación comercial. Por lo que, el denunciado, con el fin de ganar posición en el mercado de margarinas, podría haberse aprovechado del prestigio y/o reconocimiento de “BONELLA”, no sobre la base de su eficiencia económica, u otros factores como características propias del producto, sino por un acto de competencia desleal.

En consecuencia, esta Autoridad concluye que, respecto de la comparación A, el operador INDUSTRIAS ALES C.A., a través de la comercialización de su producto “NATURELLA”, pudo haber imitado de manera desleal, la presentación de “BONELLA”, por cuanto sus elementos coinciden en gran porcentaje en su esquema general.

Con base en lo expuesto, esta Intendencia ha formado su criterio en el sentido de que el comportamiento de INDUSTRIAS ALES C.A., con la comercialización del producto “NATURELLA” (envase A), se enmarcaría en la conducta tipificada en la letra b) del numeral 3 del artículo 27 de la LORCPM.

Por otro lado, esta Intendencia considera importante referirse a comparaciones de los envases B, C y D, en los siguientes términos:

COMPARACIÓN B

UPFIEL



ALES



Esta Dirección identificó las siguientes semejanzas:

1. Colores de los envases (verde y amarillo)
2. La posición, dimensión, y color de las hojas de la parte inferior derecha de los envases.
3. El color de las letras de las marcas (azul)
4. El sol en el centro de los envases.
5. Un fondo de color blanco en el centro de los envases.
6. El gramaje del producto (500g)

De los envases ut supra, esta Dirección identificó ciertas modificaciones a las etiquetas de UPFIELD y ALES, sin embargo, los envases aún comparten ciertas semejanzas, en menor porcentaje, principalmente en los colores; gráficos; y posición de los elementos individualizados anteriormente.

COMPARACIÓN C

UPFIEL



ALES



<p><i>Del examen a los envases ut supra, este órgano de investigación identificó las siguientes semejanzas:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. Colores de los envases (verde y amarillo)</i> <i>2. El color de las letras de las marcas (azul)</i> <i>3. El sol en el centro de los envases.</i> <i>4. Un fondo de color blanco en el centro de los empaques.</i> <i>5. El gramaje de los productos (500g).</i> 	<p><i>Respecto de los empaques ut supra, esta Dirección observó que las etiquetas de los productos, en menor grado, guardan ciertas semejanzas en su presentación visual, entre estas, los colores; gráficos; y posición.</i></p> <p><i>Sin embargo, esta Dirección considera que la similitud de los empaques, se ve mermada, en virtud de que “NATURELLA” dejó de utilizar ciertos elementos que UPFIELD aún mantiene en la presentación de su producto “BONELLA”.</i></p>
<p>COMPARACIÓN D</p>	
<p style="text-align: center;">UPFIEL</p> 	<p style="text-align: center;">ALES</p> 
<p><i>Del examen a los envases ut supra, este órgano de investigación identificó las siguientes semejanzas:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. Colores de los envases (verde y amarillo)</i> <i>2. El color de las letras de las marcas (azul)</i> <i>3. El sol en el centro de los envases.</i> <i>4. Un fondo de color blanco en el centro de los empaques.</i> 	<p><i>Del análisis a los empaques, este órgano de investigación considera que las etiquetas de los productos guardan ciertas semejanzas, empero, en menor grado, en los colores; gráficos; y posición de la presentación visual de los envases.</i></p>

Fuente: Informe de resultados DNICPD
Elaboración: INICPD

En conclusión, en relación con las comparaciones de los envases B, C y D, esta Intendencia considera lo siguiente:

- Los envases analizados en las comparaciones B, C y D guardan menor grado de semejanza respecto de la comparación A. En particular, en: colores, gráficos y posición.



Esto en virtud de que el operador denunciado realizó varias modificaciones en la presentación visual de su producto “NATURELLA”, principalmente, en:

- Ya no constan las hojas color verde en el envase
 - Aumentó el tamaño de letra y espacio del fabricante
 - Cambio varios colores, en el nombre del producto pasó de azul a “purple”, y el fondo de la etiqueta, pasó de amarillo en tono bajo a amarillo en un tono más fuerte.
- Es decir, los elementos que se identificaron como similares, fueron modificados con el paso de las etiquetas posteriores, únicamente dejando un fondo blanco y el uso del sol en su etiqueta, lo que a criterio de esta Intendencia, no sería suficiente para generar confusión en los consumidores en relación al producto “BONELLA”, que en la actualidad, se identifica como un producto distinto.
 - De igual forma estas modificaciones fueron percibidas por los encuestados, de modo que, las respuestas fueron:
 - Comparación B, únicamente el 36% de los encuestados señalaron que los productos pertenecerían a la misma empresa, identificando en un 66% que son similares, en: colores etiqueta, color de tapa, hojas.
 - Comparación C, únicamente el 34% de los encuestados señalaron que los productos pertenecerían a la misma empresa, identificando en un 66% que son similares en: colores etiqueta, color de tapa.
 - Comparación D, únicamente el 36% de los encuestados señalaron que los productos pertenecerían a la misma empresa, identificando en un 64% que son similares en: colores etiqueta, color de tapa

Lo que demuestra, que en menor proporción la percepción de los consumidores en relación a la comparación A, (el 47% respondieron que son de la misma empresa y el 84% creen que son similares), mientras más modificaciones presentaban los envases de “NATURELLA”, menos encuestados considerarían que son de la misma empresa, e identifican menos similitudes.

En conclusión, a criterio de esta Intendencia, los envases analizados en las comparaciones B, C y D, conforme fueron comercializadas en el mercado ecuatoriano (después de agosto de 2021 hasta la fecha), no podrían ser elementos suficientes como para generar una imitación del esquema general de “BONELLA”, por lo que, respecto de éstos envases no se identifican elementos de convicción de la conducta de imitación de la letra b) del numeral 3 del artículo 27 de la LORCPM.



OCTAVO: FALSEAMIENTO AL REGIMEN DE COMPETENCIA

Con relación al análisis del falseamiento de la competencia, esta Intendencia tiene en cuenta que, conforme lo dispuesto en el artículo 26 de la LORCPM:

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.** (Énfasis añadido)

En este sentido, el análisis del falseamiento de la competencia busca identificar si el cometimiento de las prácticas desleales investigadas tuvo la capacidad de afectar de manera real o potencial el régimen de competencia del mercado, para el caso en concreto, el mercado relevante de las margarinas comercializadas a nivel nacional.

Al respecto, con base en doctrina internacional, el Informe de Resultados N° SCPM-INICPD-DNICPD-012-2022 destacó las formas de cómo el cometimiento de actos desleales podría afectar el régimen de competencia de un mercado, en los siguientes términos:

(...) el mercado se podría ver afectado si por el cometimiento de una práctica desleal se restringe la entrada en el mercado de nuevos oferentes, se afecta la igualdad de condiciones de los operadores económicos o se limita la libertad de elección de los consumidores, lo cual ha sido identificado por esta Dirección como la naturaleza de la conducta investigada.

De igual manera, se considera necesario identificar el público afectado y el alcance cuantificado de las prácticas desleales investigadas, con la finalidad de determinar si como consecuencia del comportamiento del operador económico se generó el falseamiento al régimen de competencia.

En tal virtud, la Dirección realizó el análisis respecto a la naturaleza de la conducta, público objetivo, así como la cuantificación de las afectaciones de las prácticas desleales, en los siguientes términos:

8.1. Naturaleza de la conducta:

En el presente caso, se investigaron presuntos actos de competencia desleal contemplados en el artículo 27, numerales 1 y 3 (letra b), de la LORCPM; los mismos que estarían relacionados con la utilización de un envase que presuntamente confundía al consumidor en el producto “Naturella” de la empresa INDUSTRIAS ALES C.A., durante el período junio de 2021 hasta el mes de agosto del mismo año.

En tal sentido, el análisis de la naturaleza de la conducta estudia las posibilidades de que el cometimiento de las presuntas prácticas desleales por parte del operador económico investigado hayan tenido la capacidad de distorsionar el mercado relevante, en tal virtud, esta Dirección considera pertinente partir de una análisis de la estructura del mercado, para posteriormente hacer referencia a las características relevantes del infractor y las posibilidades de que las



prácticas desleales realizadas tengan la capacidad de afectar el régimen de competencia en este mercado ya sea de manera real o potencial.

En el caso del mercado relevante de la presente investigación, el mismo está formado por los productos margarina comercializadas a nivel nacional, sin que desde el punto de vista de la demanda como de la oferta se aprecien sustitutos cercanos. En este contexto, a criterio de esta Dirección no existirían presiones competitivas significativas en este mercado.

Ahora bien, en relación a la estructura del mercado, esta Dirección considera, al 2021, un nivel de concentración, calculado mediante el Índice HHI⁴⁶, fue de 4.507 puntos, lo cual indica que se trata de un mercado altamente concentrado.

Adicionalmente, esta Dirección identificó a las 10 principales marcas de margarinas según su nivel de ingresos; en este sentido, se destaca la posición de la marca “Bonella” que hasta el año 2018 pertenecía a UNILEVER y a partir del 2019 pasó a pertenecer a UPFIELD ECUADOR CIA. LTDA., con participaciones, en la mayoría de los años, superiores al 50%, lo cual denota un mercado liderazgo de la marca “Bonella” en este mercado.

Tabla (...) Ranking de las 10 principales marcas de margarinas

No.	Marca	2017	Marca	2018	Marca	2019	Marca	2020	Marca	2021
1	Bonella	55%	Bonella	55%	Girasol	38%	Bonella	44%	Bonella	61%
2	Girasol	18%	Girasol	18%	Bonella	24%	Girasol	32%	Girasol	14%
3	Marva	7%	Marva	7%	Marva	11%	Danec	6%	Danec	10%
4	Danec	6%	Danec	6%	Danec	10%	Regia	6%	Regia	7%
5	Regia	4%	Regia	5%	Regia	8%	Marva	5%	Dorina	2%
6	Dorina	3%	Klar	4%	Klar	5%	Dorina	2%	La Sabrosa	2%
7	Klar	3%	Dorina	3%	Miraflores	1%	Klar	2%	Naturella	1%
8	Miraflores	1%	Miraflores	1%	Dorina	1%	Rama	1%	Miraflores	1%
9	Vivi	1%	Vivi	1%	Vivi	1%	Miraflores	1%	Blue Band	1%
10	Imperial	1%	Denora	0%	Mi Comisaria	1%	Imperial	0%	Klar	1%

Fuente: Información reportadas por los operadores identificados en el sector de margarinas, mediante respuestas al cuestionario N° 4 y 9.

En este contexto, dado el mercado liderazgo de la empresa Upfield Ecuador Cia. Ltda., con su marca “Bonella”, el mercado relevante de margarinas refleja un alto nivel de concentración. Adicionalmente, es importante resaltar que, con base en los análisis previos, esta Dirección no

⁴⁶ 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.

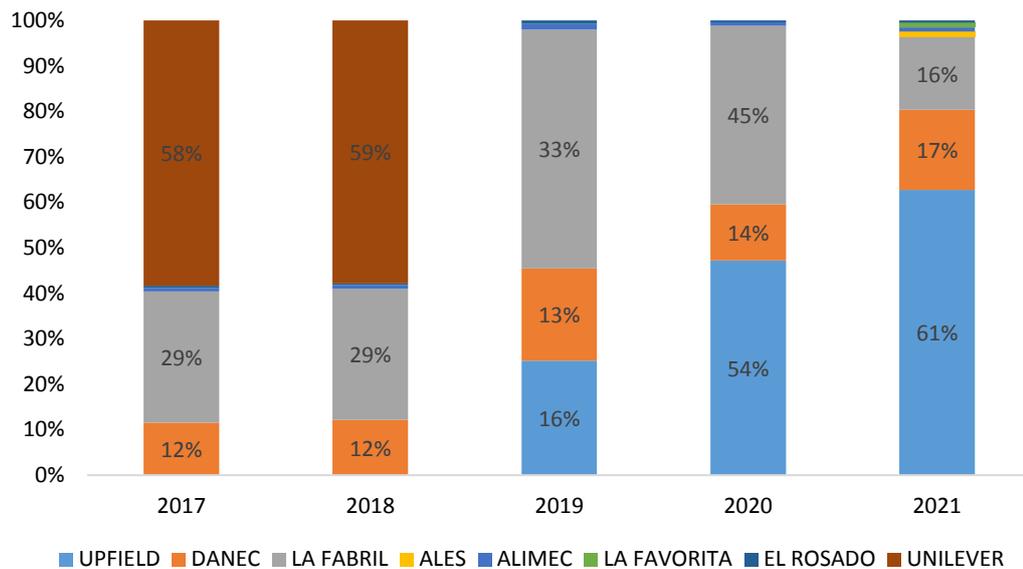
Fuente: Indicadores de Concentración: Una revisión del marco conceptual y la experiencia internacional, (Lima: Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, 2007)



evidenció sustitutos, tanto desde el punto de vista de la demanda como de la oferta, lo cual complicaría la situación competitiva de este sector.

Además, se identificó el índice HHI durante el período 2017-2021, obteniendo valores superiores a 3.000 puntos, en tal virtud, el mercado de las margarinas estaría altamente concentrado. En este punto es pertinente destacar la participación de la empresa UPFIELD ECUADOR S.A., que adquirió las marcas de margarinas “Bonella” y “Dorina” a UNILEVER en el año 2019.

Gráfico (...) Participaciones Mercado Margarina (2017-2021)



Fuente: Información proporcionado por operadores económicos mediante respuestas al cuestionario IV.

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

En el caso del operador económico INDUSTRIAS ALES C.A., conforme la información disponible en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros⁴⁷, esta empresa fue constituida en 1943, y tiene como actividad principal “ELABORACIÓN DE ACEITES VEGETALES REFINADOS: ACEITE DE OLIVA, ACEITE DE SOYA, ETCÉTERA.”. Además de la elaboración de aceites vegetales, esta empresa participa en el mercado con mantecas y margarinas comestibles de origen vegetal, alimentos preparados para animales de granja, productos de aseo y limpieza, maquinaria

⁴⁷ Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. www.supercias.gob.ec. s.f. <https://appscvsconsultas.supercias.gob.ec/consultaCompanias/informacionCompanias.jsf> (último acceso: 3 de mayo de 2022).



agrícola y pesada para la construcción, productos afines para la industria y de consumo masivo⁴⁸. Por su nivel de ingresos y número de empleados, INDUSTRIAS ALES C.A., puede ser catalogada como una empresa “Grande”⁴⁹.

En este sentido, las características del operador económico investigado dan cuenta de que el investigado se caracteriza por ser una empresa grande con una trayectoria significativa en el mercado nacional, con conocimiento del sector alimenticio y que además, se encontraría integrada verticalmente con la producción de la materia prima para la elaboración de margarinas mediante la elaboración de aceites vegetales refinados.

Al respecto, como se mencionó en el análisis de la sustitución de la oferta, para la elaboración del producto margarina, la principal materia prima utilizada es el aceite de origen vegetal, en este sentido, INDUSTRIAS ALES C.A., contaría con una integración en la cadena de producción de margarinas, que visto desde la teoría económica le permitiría igualar el precio del insumo al costo marginal de producirlo⁵⁰, y que por lo tanto, le permitiría obtener un mayor beneficio económico en comparación a una empresa que no se encuentre integrada y que tenga que comprar a un tercero la materia prima para producir margarinas.

En consecuencia, a criterio de esta Dirección, INDUSTRIAS ALES C.A., gozaría de una cierta posición de privilegio y contaría con recursos para expandirse en este mercado.

Ahora bien, con relación a la capacidad de las prácticas desleales investigadas para generar un falseamiento al régimen de competencia, ya sea de manera real o potencial, se analizó, en primer lugar, si las prácticas desleales restringen la entrada de nuevos operadores económicos al mercado. Al respecto, la DNICPD considera que el ingreso al mercado del operador INDUSTRIAS ALES C.A., con un empaque que presuntamente confundía al consumidor, mediante el cometimiento de actos de confusión e imitación, no representaría alguna barrera de entrada a este mercado, por lo que, a criterio de esta Dirección la práctica no restringe la entrada de nuevos operadores económicos.

En segundo lugar, esta Dirección analizó si el presunto cometimiento de las prácticas desleales investigadas en este expediente pudo limitar la libertad de elección de los consumidores, a este respecto, Bercovitz (2011) sobre los actos de confusión señala⁵¹:

...se ha entendido tradicionalmente que el eje de la deslealtad de los actos de confusión no viene determinado tanto por la consideración de tal actuación como contraria a los

⁴⁸ Industrias Ales. <http://www.ales.com.ec>. s.f. <http://www.ales.com.ec/quienes-somos/> (último acceso: 3 de mayo de 2022).

⁴⁹ Criterio de clasificación de empresa utilizado por el INEC.

⁵⁰ Church, Jeffrey, y Roger Ware. *Industrial Organization: A Strategic Approach*. Irwing McGraw-Hill, 2000.

⁵¹ Rodríguez-Cano, Alberto Bercovitz. *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2011.



intereses de los competidores (en la medida que se obtiene una ventaja competitiva mediante el empleo de elementos identificadores de otro operador económico) **sino por posibilitar que los consumidores se vean desviados en la adopción de sus decisiones económicas**, generando con ello ineficiencias de mercado que afectan a la propia institución de la competencia.

En este sentido, del análisis de la práctica, se aprecia una semejanza importante entre los envases de los productos “Naturella” y “Bonella”, disponibles en el mercado durante el período de junio a agosto de 2021 (Ver Tabla No. 3); en consecuencia, a criterio de esta Dirección, estas similitudes podrían afectar las decisiones de consumo de los consumidores ya sea de manera real o potencial. Por lo que, a criterio de la DNICPD, el mercado de las margarinas se podría ver distorsionado por la afectación a la libertad de elección de los consumidores que ocasionarían las prácticas desleales investigadas.

Por último, con relación a la afectación de la igualdad de condiciones de los operadores económicos, el cometimiento de actos de confusión así como de imitación representaría para el imitador la obtención de una ventaja competitiva frente a los demás operadores económicos, mientras que, para el imitado supondría una desventaja y una posible afectación a su imagen empresarial. En relación con lo que se trata, Bercovitz (2011) expone lo siguiente:

Efectivamente, se trata de un acto parasitario en la medida que el imitador se vale de la fama o prestigio lograda por la prestación imitada en el mercado para penetrar en un segmento de mercado distinto al propio de la prestación original y crear una demanda para su prestación, (...). Además, se trata de un acto de obstrucción el mercado, en cuando que el imitador está en condiciones de impedir al imitado el normal desenvolvimiento de su actividad en el mercado, e incluso ocasionarle la pérdida de su fama o buena reputación en él.

Por lo tanto, en el caso de las prácticas desleales investigadas, la imitación o confusión del producto “NATURELLA” con una de las marcas más representativas de este mercado como lo es la marca “BONELLA”, como se enfatiza en el análisis del mercado relevante, estaría afectando la igualdad de condiciones de los demás operadores económicos, que concurren al mercado sin beneficiarse del prestigio de otra marca.

En tal virtud, del análisis de los factores que componen el análisis de la naturaleza de la conducta, sumado a la estructura del mercado y las características del operador económico investigado, esta Dirección considera que las prácticas desleales de confusión e imitación de prestación o iniciativas empresariales de un tercero (...) (Artículo 27, numerales 1 y 3, letra b), presuntamente cometidas por el operador económico INDUSTRIAS ALES C.A., *a priori*, podrían generar un falseamiento al régimen de competencia, en tanto, afectarían a la libertad de elección de los consumidores como a la igualdad de condiciones de los operadores económicos que participan en este mercado. No obstante, para concluir acerca de la generación efectiva de un falseamiento real o potencial al mercado, es necesario el análisis de las características del público objetivo, así como, la cuantificación del alcance de las prácticas desleales, análisis que se prosiguen a realizar a continuación.

Con relación a la naturaleza de los actos de confusión e imitación, contemplados en el artículo 27, numerales 1 y 3 (letra b), de la LORCPM; que se habrían originado en la comercialización del



producto “NATURELLA”; esta Intendencia concuerda con el análisis planteado por la DNICPD, al considerar que dadas las similitudes entre estos dos envases sería plausible considerar que, se pudo afectar a la libertad de elección de los consumidores, más aún, cuando la marca “BONELLA” cuenta con un claro liderazgo en el mercado de las margarinas.

En el mismo sentido, a criterio de esta Intendencia, concurrir al mercado con un envase que confunda y haga referencia a una de las marcas más significativas del sector, como lo es “BONELLA”, otorgaría cierto reconocimiento al operador que realiza estos actos respecto de los demás competidores, por consiguiente, esta Intendencia considera que, las prácticas de confusión e imitación afectarían al régimen de competencia mediante la afectación a la igualdad de condiciones de los participantes en el mercado de margarinas a nivel nacional.

No obstante, es preciso señalar que, para que esta Autoridad concluya sobre la existencia o no de un falseamiento real o potencial al régimen de competencia, es necesario analizar otros aspectos que pudieron influenciar la consecución de las prácticas desleales analizadas, tales como el público objetivo y el alcance de los daños generados.

En tal sentido, a continuación esta Intendencia prosigue con el análisis del público objetivo, en los términos planteados por la DNICPD.

8.2. Público objetivo:

Para la determinación del falseamiento de la competencia que una o varias prácticas desleales podrían generar, es necesario analizar el público directamente afectando, a fin de observar si se trata de un público vulnerable o por el contrario con cierto poder de negociación.

En este contexto, resulta relevante hacer referencia a la estructura de mercado de margarinas, el mismo que refleja un alto nivel de concentración y en el que no se aprecian sustitutos cercanos desde el punto de vista de la demanda, en este escenario, las actuaciones de los consumidores tienden a ser más limitadas.

Con relación al perfil del consumidor del producto margarina, mediante consultas a operadores económicos en este mercado⁵², la Dirección identificó las siguientes características relevantes:

- Mujer, principalmente mayores de 35 años.
- Nivel socioeconómico medio típico (C+) medio bajo (C-)⁵³.

⁵² Información proporcionada mediante respuestas al cuestionario IV.

⁵³ Conforme el INEC, el estrato medio típico C+, es ponderado hasta 535 a 696 puntos y el Nivel medio bajo C-, se encuentra de 316 a 535 puntos de acuerdo con la Encuesta de Estratificación del Nivel Socioeconómico NSE 2011. Referencia:

<https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web->

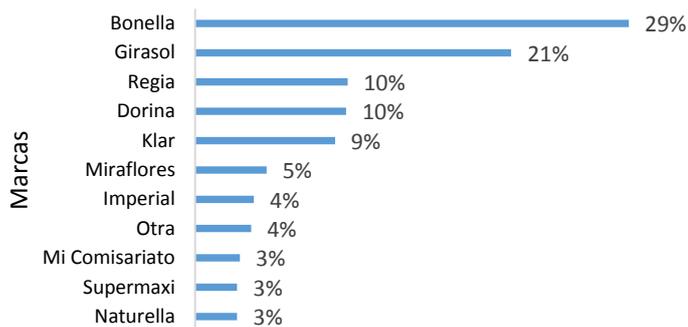


- Mayor demanda de personas que residen en la región costa.

Ahora bien, con relación a la vulnerabilidad del público afectado por el cometimiento de las presuntas prácticas desleales, esta Dirección llevó a cabo una encuesta a una muestra representativa de consumidores de margarina (384 encuestas)⁵⁴, en las provincias donde se ha distribuido el producto “Naturella” desde su salida al mercado (junio 2021)⁵⁵, estas son: Guayas, Pichinchas, Manabí, Los Ríos, Azuay, Santo Domingo, Esmeraldas, Loja, Tungurahua, Imbabura, Santa Elena, Cotopaxi, Carchi y Pastaza.

En este sentido, los resultados de la encuesta evidencian lo siguiente⁵⁶: entre las diferentes marcas de margarina en el mercado ecuatoriano, la marca “Bonella” ocupa el primer puesto de reconocimiento entre los consumidores de este producto (29%), le sigue la marca “Girasol” con un 21%, y por otro lado, con una diferencia de 11 puntos porcentuales, se identificó el reconocimiento de las marcas “Regia” y “Dorina” (Ver Gráfico 7), en tal virtud, esta DNICPD considera pertinente destacar el posicionamiento de la marca “Bonella” con relación a las demás marcas en este mercado.

Gráfico (...) Reconocimiento de marcas del producto margarina



Fuente: Pregunta 5 de la encuesta aplicada a una muestra representativa de consumidores de margarina.
Elaboración: DNICPD

En este mismo sentido, los encuestadores mostraron los envases de varias marcas de margarina en el mercado, ocultando el nombre del producto. Al respecto, la DNICPD evidenció que solo en el caso de “BONELLA” la mayoría de encuestados lograron identificar de que marca se trataba, lo

inec/Estadísticas_Sociales/Encuesta_Estratificacion_Nivel_Socioeconomico/111220_NSE_Presentacion.pdf

⁵⁴ Para la determinación de la muestra se aplicó la fórmula para calcular muestras en estudios descriptivos, con el 95% de confianza y el 5% de margen de error.

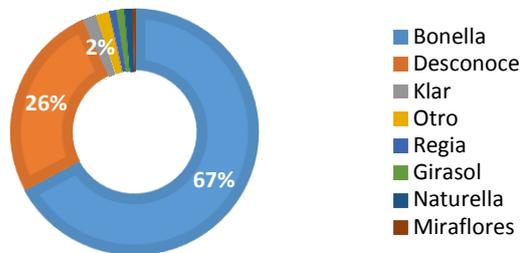
⁵⁵ Información proporcionada por el operador económico mediante respuestas al cuestionario I solicitado dentro del presente expediente.

⁵⁶ En el Anexo 2 se expone los resultados de la tabulación de las encuestas.



que, a criterio de esta DNICPD reforzaría la afirmación de que la marca “BONELLA”, así como sus signos distintivos, se encuentran posicionados en la mente de los consumidores.

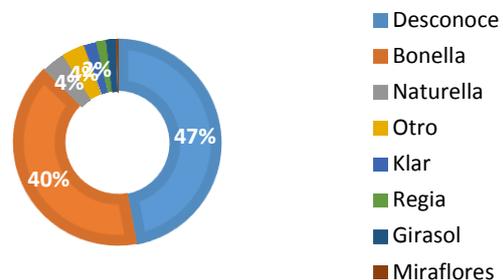
Gráfico (...) Identificación de la marca del producto con base en los elementos visibles del empaque



Fuente: Pregunta 7.7 de la encuesta de consumidores de margarinas.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

Por otra parte, con relación a los elementos visibles del producto “NATURELLA”, sin el nombre, esta Dirección evidenció que el 47% de los consumidores manifestaron que desconocían la marca de la que se trataba; no obstante, un porcentaje importante de los encuestados (40%) identificó al producto como “BONELLA” (Ver Gráfico 9).

Gráfico (...) Identificación de la marca del producto con base en los elementos visibles del empaque

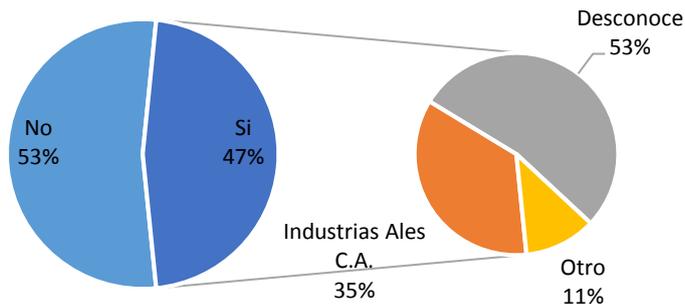


Fuente: Pregunta 7.5 de la encuesta a consumidores de margarinas.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

Con relación al riesgo de confusión de la procedencia empresarial, los resultados de la encuesta evidencian que cuando se comparó los empaques de “BONELLA” y “NATURELLA” que

estuvieron en el mercado durante el período de junio a agosto de 2021, el 53% de los encuestados no consideraron que los productos son de la misma empresa, mientras que el 47% consideró que sí; al respecto, de las personas que contestaron afirmativamente, la mayoría desconocía el nombre de la empresa a la que pertenecían los productos (53%), mientras que el 35% consideró que se trataba de Industrias Ales C.A.

Gráfico (...) Asociación empresarial de los empaques de "Bonella" y "Naturella"



Fuente: Pregunta 8.1 encuestas aplicada a consumidores de margarinas

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

Por otro lado, cuando las personas encuestadas manifestaron que a su criterio los productos no eran de la misma empresa, la mayoría de los encuestados desconocían la procedencia empresarial de cada uno de los productos, como se expone a continuación:

Producto 1		Producto 2	
Desconoce	<input type="checkbox"/>	Desconoce	<input type="checkbox"/>
Ales	<input type="checkbox"/>	Bonella	<input type="checkbox"/>
Naturella	<input type="checkbox"/>	Unilever	<input type="checkbox"/>
La Fabril	<input type="checkbox"/>	La Favorita	<input type="checkbox"/>
La Favorita	<input type="checkbox"/>	Nestlé	<input type="checkbox"/>
Nestlé	<input type="checkbox"/>	La Fabril	<input type="checkbox"/>
Jaboneria Nacional	<input type="checkbox"/>	Ales	<input type="checkbox"/>
La Fabril	<input type="checkbox"/>	Vital	<input type="checkbox"/>
Regia	<input type="checkbox"/>	Andes	<input type="checkbox"/>
Superior	<input type="checkbox"/>	Danec	<input type="checkbox"/>

Fuente: Pregunta 8.2 de la encuesta a consumidores de margarinas.

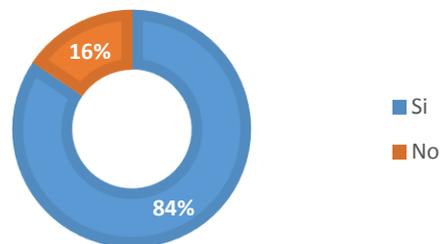
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control del Poder de Mercado.

Al respecto, a criterio de esta Dirección los resultados de la encuesta evidencia la existencia de asimetrías de información en cuanto a la procedencia empresarial de los productos, pues como se hizo notar, un alto porcentaje de encuestados desconocen la empresa a la que pertenecen los

producto; por lo que, ante la existencia de asimetrías de información, el público afectado contaría con menor información para tomar su decisión de consumo, lo cual le harían más vulnerable ante la exposición de prácticas desleales.

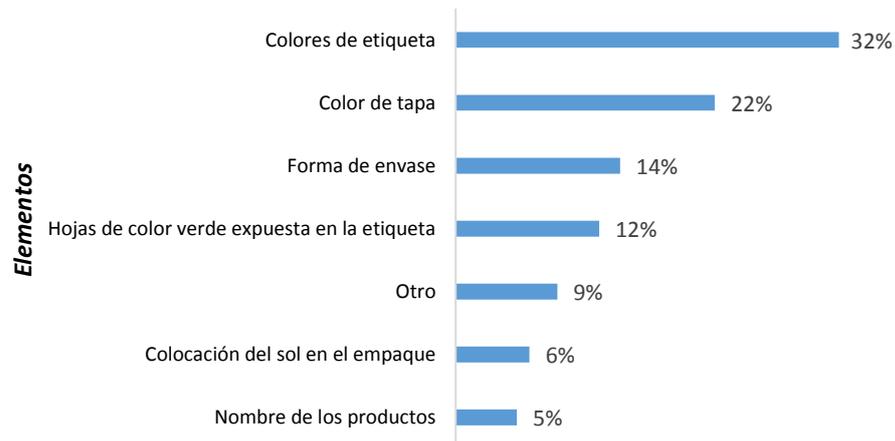
Con relación a la similitud entre los empaques de “Bonella” y “Naturella” que estuvieron en el mercado durante el período de junio a agosto de 2021, el 88%(sic) de los encuestados consideró que los productos eran similares. Entre los elementos que destacaron por su parecido se encuentran los siguientes: colores de la etiqueta, colores de la tapa, forma del envase, hojas de color verde (Ver Gráfico 12).

Gráfico (...) Percepción de la similitud entre los empaques de los productos "Naturella" y "Bonella"



Fuente: Pregunta 8.3 de la encuesta aplicada a consumidores de margarina.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

Gráfico (...) Elementos destacados como similares entre los empaques de "Naturella" y "Bonella"



Fuente: Pregunta 8.3 de la encuesta aplicada a consumidores de margarina.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

Por lo tanto, como se señaló anteriormente, un porcentaje importante de encuestados (40%) asoció los elementos visibles (con excepción del nombre del producto) de la etiqueta de “NATURELLA” con la marca “BONELLA” (Ver Gráfico 8). (...)



Además, otros factores como la estructura del mercado de margarinas, la inexistencia de sustitutos tanto desde el punto de vista de la demanda como de la oferta, así como el fuerte reconocimiento de la marca “BONELLA” entre los consumidores, por sus elementos característicos, contribuirían a generar un público afectado vulnerable ante el cometimiento de los actos desleales investigados en el presente expediente. En este contexto, a criterio de esta Dirección, la entrada al mercado del producto “NATURELLA” con signos que podrían generar una confusión o imitar las iniciativas empresariales con el producto “BONELLA”, podría de manera real o potencial tener un efecto en la decisión de consumo de las personas.

Con relación, esta Intendencia considera pertinente destacar las principales características del público objetivo, estas son:

- Debido a la estructura del mercado relevante de las margarinas, así como a la falta de sustitutos desde el lado de la demanda como de la oferta, los consumidores en este mercado tendrían un menor poder de negociación.
- El consumidor de margarinas tiene posicionado el reconocimiento de la marca “BONELLA”.
- El 47% de los encuestados asociaron la etiqueta del producto “NATURELLA” con la de la marca “BONELLA”.
- Existe desconocimiento por parte de los consumidores acerca de la procedencia empresarial de los productos.
- El 84% de los encuestados consideran que existe similitudes entre los empaques “NATURELLA” y “BONELLA”, respecto a la comparación A, que estuvieron en el mercado durante el período junio a agosto de 2021.

En este orden de ideas, esta Intendencia considera que, dadas las características del público afectado, resulta plausible contemplar que el cometimiento de las prácticas desleales investigadas restrinja la libertad de elección de los consumidores.

Por último, respecto de la cuantificación de las afectaciones generadas por las prácticas desleales investigadas, la Dirección destacó lo siguiente:

8.3. Cuantificación de las afectaciones generadas por la práctica:

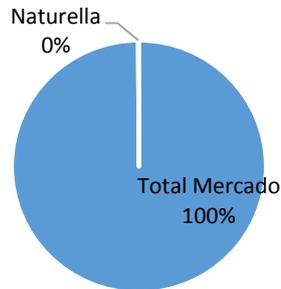
En la presente sección, la DNICPD cuantificó el alcance de las prácticas desleales investigadas, en este sentido, en primer lugar, se analizó el número de unidades comercializadas del producto en comparación a las unidades comercializadas del resto del mercado; en segundo lugar, se analizó la estructura del mercado de las margarinas en un escenario con infracción y en un escenario sin infracción, con la finalidad de identificar la existencia de distorsiones en el mercado atribuibles al cometimiento de las prácticas desleales investigadas.

En este sentido, durante el período infractor (junio a agosto de 2021), las unidades comercializadas del producto margarina “Naturella” representó el 0,11% de las unidades de margarina vendidas del sector. En tal virtud, esta Dirección considera que el nivel de ventas alcanzado por “Naturella” no tuvo la capacidad de afectar de manera real el régimen de competencia del mercado de margarinas, pues su participación no llegó a representar ni el 1% del



sector, lo cual podría atribuirse al corto período de la duración de la conducta (junio a agosto de 2021).

Gráfico (...) Unidades Comercializadas de Margarina Total Mercado V.S “Naturella”

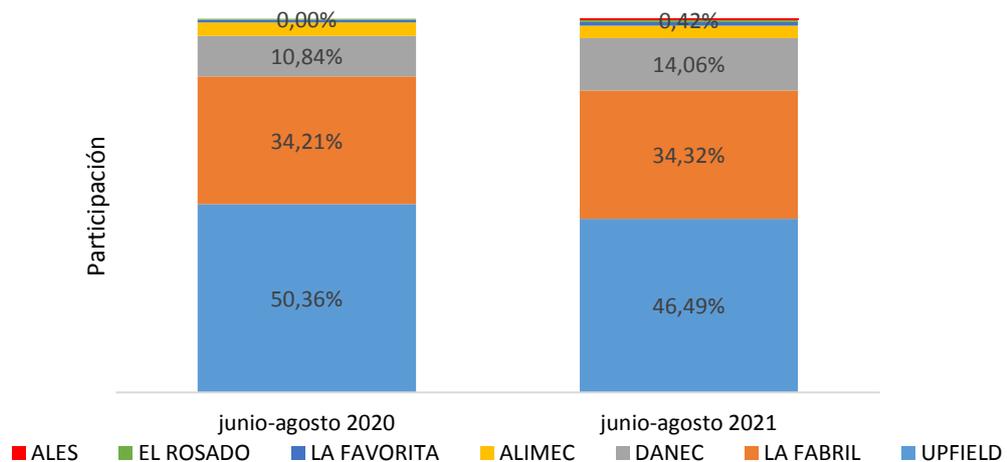


Fuente: Información cantidades comercializadas, proporcionadas por los operadores en respuestas al cuestionario IV.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

Con relación a la estructura del mercado en un escenario con infracción y un escenario sin infracción, esta Dirección analizó la participación del mercado en los meses de junio a agosto de 2021 y los comparó con las participaciones del mercado en los mismos meses del año 2020.

En ese sentido, como se aprecia en el siguiente gráfico, la participación de Ales durante la temporalidad de la práctica es mínima, en tal virtud, no se aprecia una distorsión al mercado relevante de la margarina que pueda ser atribuido a la entrada al mercado del producto “Naturella” con un envase infractora; pues, en el período infractor, los tres operadores económicos principales mantienen las mismas posiciones a las obtenidas en un escenario con infracción.

Gráfico (...) Estructura del Mercado Relevante de las Margarinas en un escenario sin infracción (junio-agosto 2020) y en un escenario con infracción (junio - agosto 2021)



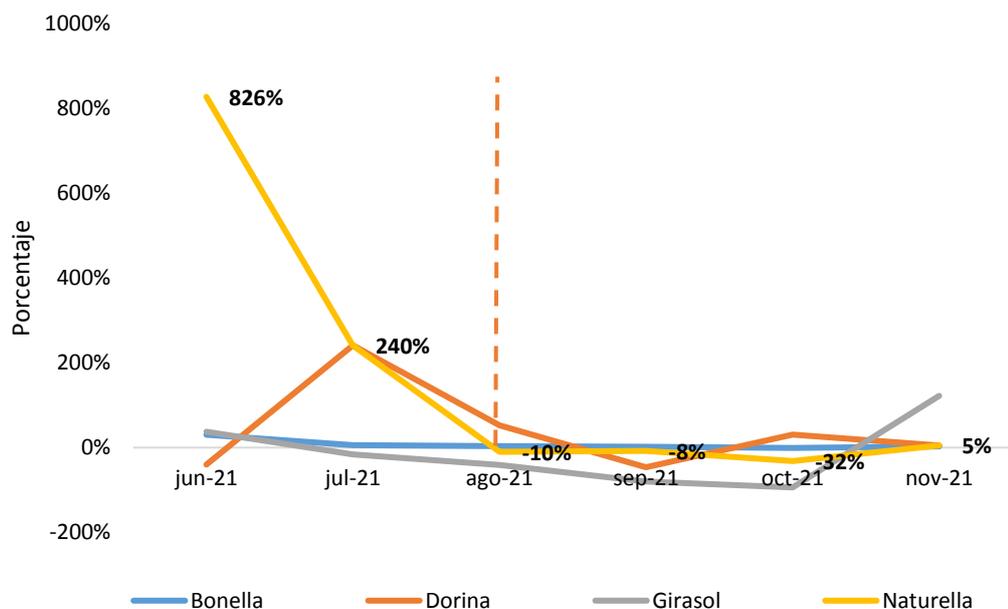
Fuente: Información remitida por los operadores económicos mediante respuestas a los cuestionarios IV y IX.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.



En consecuencia, con base en el análisis las unidades comercializadas del producto infractor en relación a las unidades comercializadas del mercado, así como, del análisis de la estructura del mercado en un período sin infracción y en un periodo con infracción, esta Dirección no aprecia que el cometimiento de las prácticas desleales investigadas hayan generado un falseamiento real al régimen de competencia, en primer lugar, por la poca participación alcanzada por el producto infractor, y en segundo lugar, por el mantenimiento de la estructura del mercado en los dos escenarios analizados.

Respecto a la potencialidad de que las prácticas desleales investigadas puedan generar una distorsión al régimen de competencia; si bien durante el período infractor, el producto “Naturella” registró tasas de crecimiento mensuales importantes, pasando de junio a julio una tasa de crecimiento de 826%, y de julio a agosto un crecimiento de 240%; a partir del mes de septiembre en el que Ales C.A., concurrió al mercado con un envase modificado, las tasas de crecimiento mensuales de las ventas de “Naturella” se ubicó en rangos similares a otras marcas en el mercado (Ver Gráfico 15).

Gráfico (...) Tasas de crecimiento del producto margarina durante el período junio a diciembre de 2021



Fuente: Información cantidades comercializadas, proporcionadas por los operadores mediante respuestas al cuestionario IV.

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

De manera complementaria, esta Dirección consideró pertinente analizar si el crecimiento en las ventas del producto “Naturella” correspondió a un crecimiento en la demanda del producto o a una expansión a otras provincias; en tal virtud, se identificó que en junio 2021 el producto



“Naturella” inició su comercialización en 12 provincias del país⁵⁷, posteriormente para julio se expandió a cinco provincias⁵⁸ más y para agosto ingresó al mercado de otras dos provincias⁵⁹.

No obstante de la expansión geográfica del producto, esta Dirección considera que el crecimiento en las ventas de “Naturella” correspondería a un incremento en la demanda del producto, pues, como se observa a continuación, en las 12 provincias en las que inició la comercialización de “Naturella”, se aprecia un crecimiento constante en las ventas del producto durante los meses de junio a agosto de 2021.

Tabla (...) Ventas mensuales por provincia del producto "Naturella"

PROVINCIAS \ MES	jun-21	jul-21	ago-21
AZUAY	■	■	■
BOLIVAR			■
CAÑAR		■	
CARCHI			■
COTOPAXI		■	■
EL ORO	■	■	■
ESMERALDAS		■	■
GUAYAS		■	■
IMBABURA	■	■	■
LOJA	■	■	■
LOS RIOS		■	■
MANABI	■	■	■
MORONA SANTIAGO	■	■	■
ORELLANA	■	■	■
PICHINCHA	■	■	■
SANTA ELENA		■	■
SANTO DOMINGO DE LOS TSÁCHILAS	■	■	■
TUNGURAHUA		■	■
ZAMORA CHINCHIPE	■	■	■

Fuente: Información proporcionada por el operador económico Industrias Ales, mediante respuestas al cuestionario I.

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

⁵⁷ Azuay, El Oro, Guayas, Imbabura, Loja, Los Ríos, Manabí, Morona Santiago, Orellana, Pichincha, Santo Domingo, Zamora Chinchipe.

⁵⁸ Cañar, Cotopaxi, Esmeraldas, Santa Elena, Tungurahua.

⁵⁹ Bolívar y Cañar.

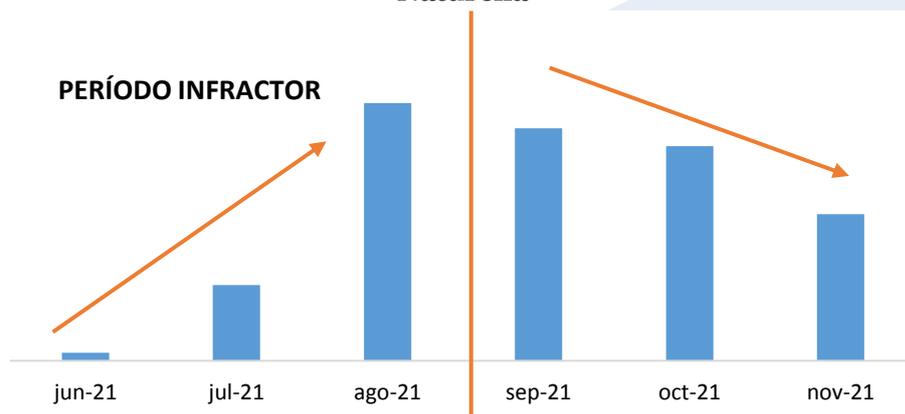


En este sentido, esta Dirección identificó que el crecimiento en las ventas del producto “Naturella” se explicaría por un aumento en la demanda, lo cual, evidenciaría la aceptación del producto por parte de los consumidores.

Ahora bien, en el marco de las prácticas desleales investigadas en este expediente, la DNICPD analizó dos momentos en las ventas del producto “Naturella”, uno durante el período en que el envase presunto infractor estuvo en el mercado y otro cuando se realizaron modificaciones del mismo. En este sentido, como se aprecia en el Gráfico 16, a partir de las modificaciones del envase de “Naturella” se aprecia un claro quiebre en las ventas del producto, al pasar de una tendencia marcadamente creciente a un decrecimiento sostenido.

En este escenario, esta Dirección evidencia una relación entre las ventas del producto y el uso del envase presunto infractor, lo cual denota que las prácticas desleales investigadas pudieron lograr su objetivo en la decisión de compra de los consumidores, y por lo tanto, considerando las tasas de crecimiento del producto, habrían constituido un riesgo potencial para el régimen de competencia si se mantenía el envase infractor en el mercado.

Gráfico (...) Tendencia Unidades Comercializadas del Producto Margarina "Naturella"



Fuente: Información proporcionada por el operador económico mediante respuestas al cuestionario IV.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

Ahora bien, debido a que el operador económico realizó cambios en el envase del producto “Naturella”, en la que, conforme el análisis jurídico no se evidencia la existencia de un ilícito desleal, esta Dirección no considera que actualmente exista un riesgo potencial para el régimen de competencia en este mercado.

Por lo tanto, con base en la determinación cuantificada del alcance de las prácticas desleales investigadas, cometidas durante el período junio a agosto de 2021, esta Dirección no evidencia una distorsión real ni potencial al mercado relevante de margarinas.

En este contexto, respecto de la cuantificación de los posibles efectos, esta Intendencia resalta que:

- Se evidencia un corto periodo de duración de los actos desleales, esto es únicamente tres meses



- Se demostró que durante el periodo de infracción (junio- agosto de 2021), las unidades vendidas del producto “NATURELLA”, significó el 0,11% de las unidades del mercado relevante.
- Del análisis de la estructura del mercado en un escenario antes de la infracción (junio-agosto de 2020) y durante (junio-agosto de 2021), esta Intendencia identificó que el INDUSTRIAS ALES C.A., mantiene una participación mínima en el mercado relevante, esto es menor a 1%. E incluso los tres primeros operadores UPFIELD, LA FABRIL y DANEC mantienen las tres primeras posiciones en los periodos comparados.
- Por otro lado, del posible efecto potencial, esta Intendencia considera que si bien, durante el periodo de infracción, la tendencia de ventas de “NATURELLA” registró tasas de crecimiento mensuales importantes (que respondería al incremento del alcance geográfico y cobertura), en septiembre de 2021, concurrió al mercado con un envase modificado, lo que mermó cualquier posible efecto potencial, debido a que a partir de los cambios referidos, su tendencia se estabilizó al igual que el resto de operadores en el mercado relevante, e incluso se ve una disminución inmediata en las ventas de su producto.

Con base en los datos presentados por la Dirección, esta Intendencia concluye que, las prácticas desleales investigadas no generaron una afectación real al mercado. Por otro lado, dado que actualmente las mismas no se estarían cometiendo (dado que los envases de la comparación A, ya no se encuentran en el mercado) no es plausible considerar la existencia de un riesgo potencial al régimen de competencia.

Por lo tanto, de los elementos que componen el análisis del falseamiento al régimen de competencia, esta Intendencia concuerda con la conclusión alcanzada por la DNICPD, y en lo principal, considera relevante destacar que la corta duración de la conducta influyó en que las prácticas desleales investigadas no hayan generado una afectación real al mercado, ni potencial en el mercado relevante analizado en el presente expediente.

NOVENO: OTRAS CONSIDERACIONES

9.1. Escrito presentado por UPFIELD, el 8 de noviembre de 2021

UPFIELD mediante escrito de 08 de noviembre de 2021, con ID 214533, señaló:

Adjuntamos al presente escrito los siguientes documentos en original con firma de responsabilidad

-Estudio cuantitativo y neurocientífico que evidencia la confusión potencial y actual de los consumidores entre los productos NATURELLA y BONELLA como consecuencia de la similitud de los diseños de empaque y envases.

-Informe técnico correspondiente

-Base de datos con la información de los investigados



-Cartillas y formulario utilizados en la encuesta

Al respecto, en relación al estudio realizado por PCG, esta Intendencia identificó lo siguiente:

- **Indicadores de la marca**

PCG informó que realizó un estudio exploratorio en diferentes tiendas de barrio y supermercados, con el fin de identificar las marcas relevantes de margarinas, de las cuales, habría observado catorce, estas son: Bonella, Dorina, Klar, Regia, Miraflores, Naturella, Girasol, La Favorita, Blue Brand, Mi Comisariato, Supermaxi, Ricamesa e Imperial.

Además, la empresa PCG habría realizado un estudio cuantitativo, mediante el levantamiento de encuestas a 400 personas, distribuidas 200 en la ciudad de Quito, y 200 en la ciudad de Guayaquil, con los siguientes parámetros:

Hombres y mujeres de los NSE Medio Típico, Medio Bajo y Bajo, la investigación goza del 95% de nivel de confianza y 5% de margen de error. El criterio de selección es aleatorio con salto sistemático. Todos los investigados debían ser compradores actuales de margarinas, sin importar la marca.

En este punto, es importante señalar que, esta Intendencia de las marcas observadas dentro del estudio exploratorio elaborado por el operador, constarían de manera duplicada La Favorita y Supermaxi, por cuanto, se trataría del mismo producto.

Por otro lado, el estudio cuantitativo realizado por PCG, habría sido aplicado a una muestra de 400 hombres y mujeres, distribuidos en las ciudades de Quito y Guayaquil, lo cual demuestra un desconocimiento del consumidor promedio de margarinas, que conforme consta en la metodología de levantamiento de encuestas realizada por esta Intendencia, el público objetivo, de acuerdo con lo reportado por los operadores del mercado, está comprendido de la siguiente manera:

Población objetivo:

Con base en la identificación del perfil del consumidor de margarinas proporcionado por las empresas del sector⁶⁰, la Dirección identificó las siguientes características relevantes:

- Mujer, principalmente mayores de 35 años.

⁶⁰ Información proporcionada por los operadores económicos mediante respuestas al cuestionario IV, dispuesto mediante providencia de 07 de marzo de 2022, dentro del expediente N.º SCPM-IGT-INICPD-015-2021.



- Nivel socioeconómico medio típico (C+) medio bajo (C-) ⁶¹.
- Mayor demanda de personas que residen en la región costa.

En este contexto, esta Dirección estableció como población objetivo para esta diligencia a mujeres que residan en las provincias donde se ha comercializado el producto “Naturella”, que se encuentren en un rango de edad de 35 a 64 años, de nivel socioeconómico medio típico-medio bajo, que durante último trimestre hayan adquirido el producto margarina.

- Cobertura temática: Encuesta para identificar el comportamiento del consumidor de margarina ante la exposición de presuntas conductas desleales, relacionadas a actos de confusión e imitación.
- Cobertura Geográfica: La encuesta se llevará a cabo en las provincias ecuatorianas en las que se ha comercializado el producto “Naturella” desde su salida al mercado (2021) hasta la actualidad (agosto 2022). En este sentido, el estudio se enfocará en las siguientes provincias:

Azuay, Bolívar, Cañar, Carchi, Cotopaxi, El Oro, Esmeraldas, Guayas, Imbabura, Loja, Los Ríos, Manabí, Morona Santiago, Orellana, Pichincha, Santa Elena, Santo Domingo de los Tsáchila, Tungurahua, Zamora Chinchipe.

- Unidad de observación: consumidor de margarina.
- Desagregación de la Información: Para garantizar la representatividad de los datos obtenidos mediante la aplicación de encuestas a los consumidores de margarinas, esta DNICPD no recomienda la desagregación a nivel provincial de los resultados, por lo que, correspondería analizar los resultados a nivel nacional, considerando la distribución provincial respectiva.

Es decir, el Informe PCG no consideró las características del público objetivo, así como no se habría obtenido una muestra geográfica significativa, por cuanto, el mercado geográfico de la presente investigación, tendría un alcance nacional, e incluso con incidencia mayoritaria en las provincias de la costa. En consecuencia, los resultados abordados dentro del referido estudio, carecerían de elementos técnicos, por lo que, sus resultados no podrían ser considerados conducentes para la presente investigación.

⁶¹ Conforme el INEC, el estrato medio típico C+, es ponderado hasta 535 a 696 puntos y el Nivel medio bajo C-, se encuentra de 316 a 535 puntos de acuerdo con la Encuesta de Estratificación del Nivel Socioeconómico NSE 2011. Referencia: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/Encuesta_Estratificacion_Nivel_Socioeconomico/111220_NSE_Presentacion.pdf



No obstante, aún esta Intendencia consiente del sesgo técnico de los resultados del estudio aportado por UPFIELD, considera importante referirse a las conclusiones abordadas por la empresa PCG:

- **Conocimiento y Posicionamiento de marca, la empresa PCG, concluyó:**

(...) la marca Bonella, es una de las marcas líderes de la categoría, con un nivel de reputación de marca alta, con un nivel de conocimiento importante y con una percepción mayoritariamente positiva, donde sus mayores identificadores o diferenciadores construidos a través del tiempo y esfuerzos comunicacionales son: buen sabor, buena calidad para las comidas, tradicional-reconocida...

Dicha conclusión, no modifica o cambia lo analizado por esta Intendencia, en relación al conocimiento y posicionamiento del producto BONELLA en el mercado ecuatoriano, por el contrario, reforzaría dicho hallazgo, lo cual, ha sido demostrado por esta Intendencia con herramientas válidas, como encuestas a los consumidores, análisis de la estructura de mercado, información de los operadores del sector, rankings empresariales, entre otros.

- **Test individual de empaques sin marca**

(...) la asociación espontánea muestra que los elementos del empaque de Naturella (sin marca), si son asociados a la margarina Bonella 72%, resultado que se evidencia nuevamente cuando se efectúa el ejercicio de asociación inducida, en el que a pesar de que se comparó el empaque de Bonella con otros 4 colores son similares o parecidos, el empaque de Naturella (sin marca), fue más asociado con Bonella que con cualquier otra marca ...

Sobre este punto, esta Intendencia considera importante señalar que, UPFIELD únicamente habría solicitado el estudio con relación al envase de NATURELLA que estuvo en el mercado desde junio de 2021 hasta agosto de 2021, es decir, no consideró ninguna otra modificación del producto denunciado, por lo que, sus resultados se enfocaron en dicha presentación.

Ahora bien, conforme consta en los resultados del levantamiento de encuestas realizado por esta Intendencia, al realizar la prueba sin marca, en la pregunta 7.5, se identificó:



Fuente: Encuesta consumidores margarinas.

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



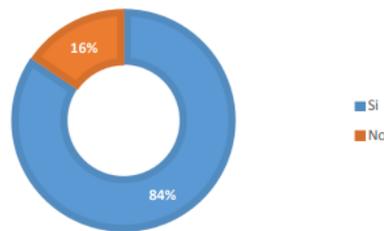
Es decir, al cubrir la marca en el envase de NATURELLA, el 40% de los encuestados señalaron que se trataría de BONELLA, por lo que, dicho resultado fue tomado en cuenta tanto por la DNICPD en su Informe de resultados, como por esta Intendencia en la presente resolución.

- **Test individual de empaques con marca**

(...) la investigación de mercado de compradores en la categoría margarinas aún incluyendo la marca los empaques siguen corroborando de manera importante algún grado de similitud entre el empaque de NATURELLA y BONELLA ...

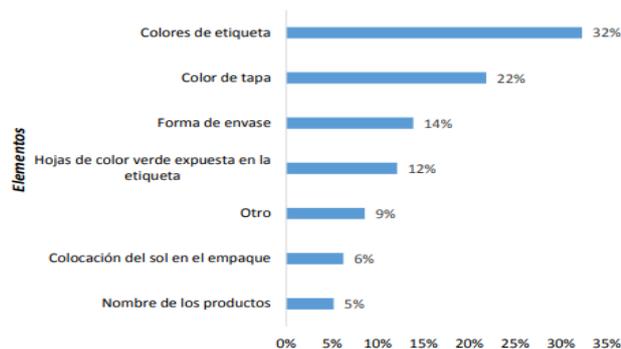
De igual forma, esta Intendencia en su levantamiento de encuestas, expuso las imágenes de los envases de los productos NATURELLA y BONELLA, y obtuvo los siguientes resultados, respecto de los envases de la comparación A:

Pregunta 8.3: Usted considera que los empaques son similares (Ejemplo 1)



Fuente: Encuesta consumidores margarinas.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

Pregunta 8.4: En caso de una respuesta afirmativa, indique los elementos que presentan similitud



Fuente: Encuesta consumidores margarinas.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

Lo que, permitió a esta Intendencia evidenciar que, el 84% de los encuestados identificaron que los envases expuestos en el Ejemplo 1 “NATURELLA” y “BONELLA”, son similares, principalmente, en los colores de las etiquetas, tapa, forma de envase, hojas de color verde, sol, entre otras.



- **Análisis de neurociencia**

(...) una vez visualizados todos los empaques, las pruebas calóricas donde se concentra la atención de los empaques muestran que ante la pregunta si existe algún empaque que se parezca los investigados asocian similitud entre el empaque de Bonella con el Naturella, en un 70% de intensidad; muy superior a cualquier otro empaque.

(...) el estudio de laboratorio muestra similitud en la cantidad y disposición de elementos lo cual genera un patrón idéntico de visualización entre el empaque Naturella y Bonella ...

Al respecto, esta Intendencia realiza observaciones respecto de la aplicación de la tecnología eyetracker⁶² realizada por PCG, en primer lugar, se desconoce a cuantos consumidores se habría aplicado la encuesta, por lo que, esta Autoridad no podría comprobar la significancia de dicho estudio.

En segundo lugar, los resultados demostrarían el tiempo de atención de los encuestados respecto del contenido del empaque, es decir, los puntos focales al visualizar los envases que, conforme los resultados obtenidos, resaltaría: 1.- *la visualización parcial de la marca*, 2.- *la imagen encima de la marca*, 3.- *la imagen superior izquierda del empaque*, 4.- *la imagen superior media derecha* y 5.- *la imagen inferior izquierda*, no obstante, este estudio no considera factores como el tiempo en el cual un consumidor tendría en una compra efectiva, la influencia de otros productos similares respecto de esta categoría, entre otros.

Por lo que, dichos resultados carecerían del debido sustento técnico, por lo cual, no podrían ser considerados conducentes para la presente investigación.

- **Test de línea de productos de empaques con marca**

(...)la investigación de mercado según la pregunta realizada manifiesta que si existen similitudes en todos los formatos de empaque entre esta línea de productos ...

⁶² Conforme el operador explicó, el eyetracker la tecnología de seguimiento ocular que funciona por medio de rayos infrarrojos, los cuales decodifican por medio de mediciones de los micromovimientos de la pupila los patrones de lectura, detectan el nivel de impacto visual de la comunicación, el cual se divide en 3 indicadores: enganche, atención y memoria de los elementos del empaque.



En este sentido, esta Intendencia identifica que la línea del productos tanto de BONELLA como NATURELLA, independientemente de su forma; sea balde, tarrina o sachet, mantiene el mismo esquema de colores y diseños de etiquetas, por lo que, esta Intendencia utilizó para el presente análisis, únicamente la presentación de 500 gramos, siendo una de las presentaciones más vendidas en el mercado ecuatoriano.

En este contexto, de los resultados abordados por PCG, se concluyó que existen similitudes de NATURELLA (únicamente la etiqueta usada en junio a agosto de 2021) frente a BONELLA, en toda su línea de envases, razonamiento, al que llegó esta Intendencia conforme se desprende de la comparación A, por lo que, dichos hallazgos no cambian las conclusiones abordadas por esta Autoridad, por el contrario, van en línea del criterio emitido en la presente resolución.

- **Creencias y sentimientos de los compradores**

(...)la investigación de mercado muestra confusión sobre creencias inducidas por las características similares de los empaques.

Más allá de los errores técnicos evidenciados en líneas anteriores, esta Intendencia fue clara al señalar que existen elementos de convicción en relación a las conductas desleales de confusión e imitación en relación al envase (A) utilizado por INDUSTRIAS ALES C.A., en su producto NATURELLA (utilizado en junio de 2021 hasta agosto de 2021), por lo que, dichos resultados incluso ratificarían el argumentó de esta Intendencia, no obstante, al no haber sido abordados de manera técnica, no podrían ser útiles y conducentes para la presente investigación.

9.2. Escrito presentado por UPFIELD, el 9 de noviembre de 2022

UPFIELD mediante escrito de 09 de noviembre de 2022, con ID 257398, como parte sustancial de sus premisas manifestó:

- **(...)Uno) Supuesta “Intención Excluseria”**

En su escrito ALES adjunta la materialización notarial de 11 correos electrónicos cursados entre ALES y mi representada. De forma subjetiva ALES afirma una “**intención excluseria**” de parte de mi representada, inclusive utilizando lo dicho en los correos electrónicos como prueba de un **supuesto abuso del derecho**. Sobre este punto, es importante reiterar lo ya expresado en escritos anteriores por mi representada, UPFIELD no pretende excluir a ALES del mercado, y esto jamás fue expresado en los correos electrónicos, meramente se **intentó impedir que ALES continúe en el mercado con un diseño que es una clara imitación del diseño de BONELLA**. (...) (Énfasis añadido)

Al respecto, ALES en su escrito de 27 de septiembre de 2022, con ID 251090, principalmente manifestó:



13. Con la única intención de transparentar la existencia de una discusión y negociación sobre aspectos de propiedad intelectual, Industrias Ales aporta juntamente con el presente alegato, la materialización notarial de 11 correos electrónicos cursados entre los abogados patrocinadores de Upfield, y los abogados de Industrias Ales entre el 10 de agosto de 2021 y 25 de agosto de 2021. Como consta de la respuesta de Ales de 15 de agosto de 2022, este intercambio jamás implicó un reconocimiento de una infracción, sino solamente la buena fe e intención de resolver de forma amistosa una disputa de propiedad intelectual: (...)

15. Como podrá observar su Autoridad del último punto del referido correo de 11 de agosto de 2021, Upfield pretendió exigir a Ales modificar su marca denominativa registrada desde 2017, como condición para alcanzar un acuerdo transaccional lo cual no solo constituye un abuso contra un legítimo competidor que está intentando colocar sus productos, sino también un abuso del derecho. Como dispone el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, el registro de una marca, en este caso Naturella, faculta a su titular para: (...)

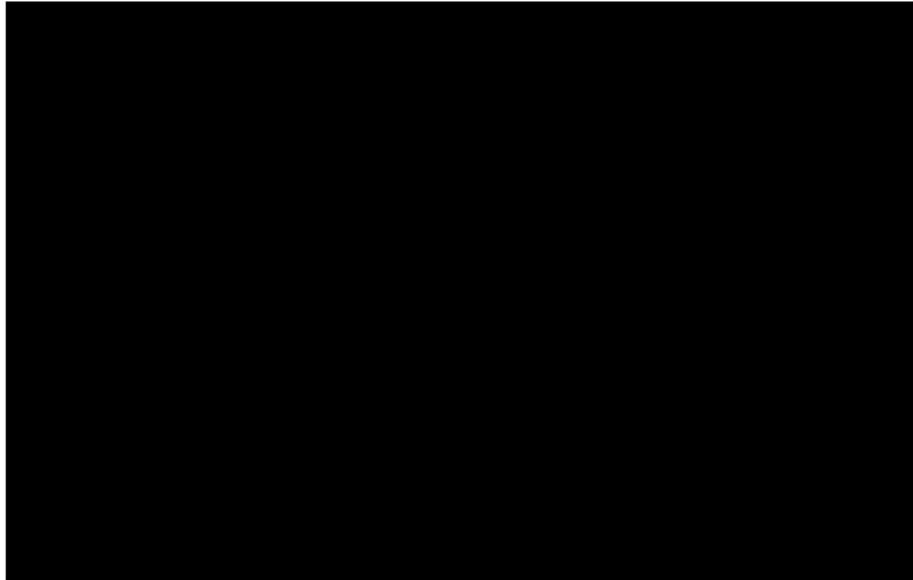
31. Como consta de la misma comunicación, Ales en ningún momento pretendió imitar o parecerse en lo absoluto a ningún producto del segmento, mucho menos a Bonella, por lo que, dadas sus buenas prácticas comerciales, mantuvo una total apertura e inició un diálogo serio y directo para intentar frenar las desproporcionadas pretensiones de la multinacional Upfield frente al ingreso de una empresa ecuatoriana a su segmento (pues lo domina como el principal competidor), conversaciones adjuntas a la presente, materializadas ante notario público y desarrolladas entre el 11 y 25 de agosto de 2021. (...)

36. Como consta de la fanpage de Facebook de Bonella (<https://fb.watch/8FnGVzKGGG/>) esta presentación con una tapa modificada, precio reducido y nuevo tamaño, se lanzó a partir del 4 de agosto de 2021 como una edición limitada, cosa que evidentemente se traduce en una mala fe y evidente impedimento al ingreso de Naturella a competir en su segmento. (...)

- **Análisis de esta Intendencia**

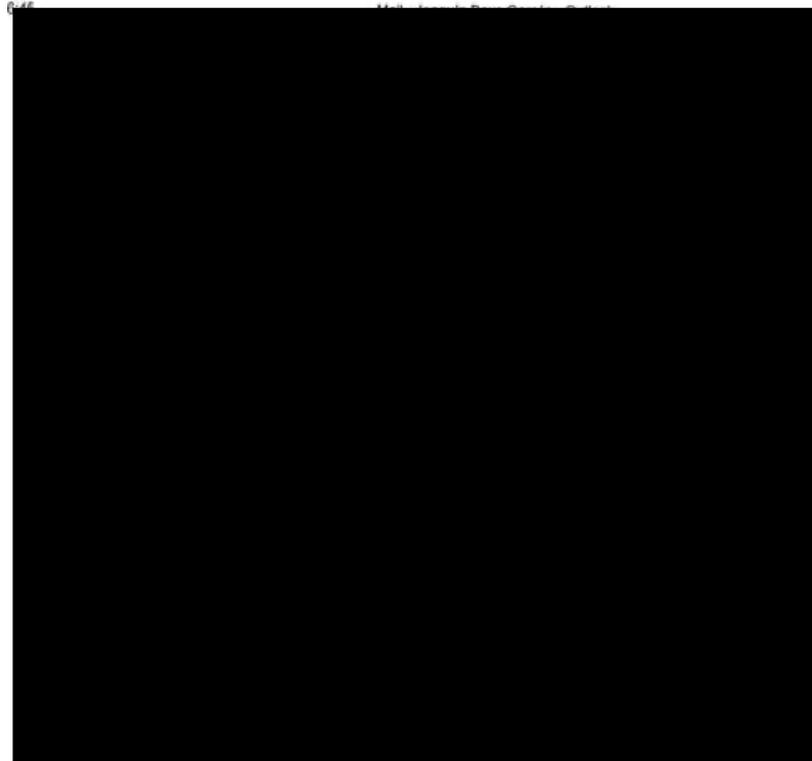
De la revisión a los correos electrónicos de 10; 11; 15; 17; 18; y, 24 de agosto de 2021, entre los abogados de los operadores UPFIELD y ALES, esta Intendencia identificó lo siguiente:

1. Las solicitudes de UPFIELD, en específico, la petición de modificación de la presentación del empaque del producto NATURELLA, entre otros, los siguientes cambios:

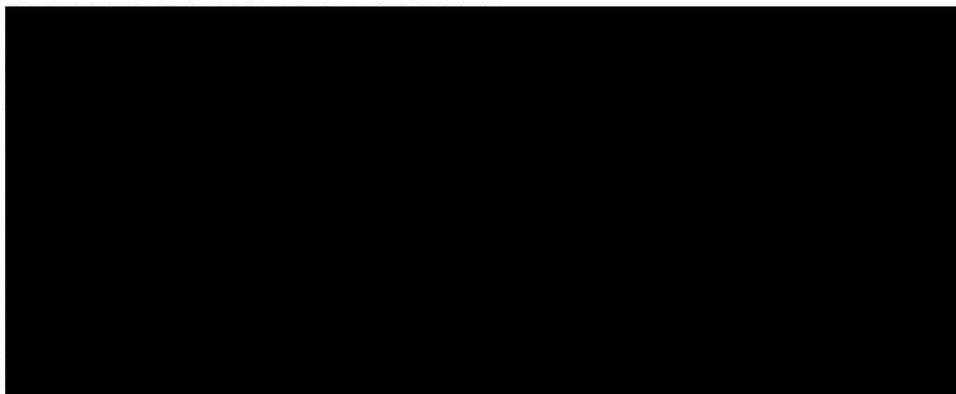


2. Las modificaciones adoptadas por el operador ALES, considerando lo siguiente:





3. En complemento, se observó que UPFIELD no aceptó los cambios propuestos por el operador ALES, y manifestó:



4. Finalmente, se identificó que ALES puso en conocimiento de UPFIELD que, ha observado que la presentación de BONELLA ha migrado, y ahora el producto de UPFIELD mantendría coincidencias con el empaque modificado de NATURELLA.



Conforme los correos individualizados en líneas anteriores, este Órgano de investigación identificó que los operadores ALES y UPFIELD, habrían tenido una conversación para acordar las modificaciones de la presentación del producto NATURELLA, en virtud de que a criterio del denunciante, el empaque contendría elementos que imitaría la presentación de BONELLA, por lo cual, UPFIELD consideró que este comportamiento podría confundir a los consumidores, respecto de su procedencia empresarial.

Sin embargo, los operadores no habrían llegado a coincidir en dichas conversaciones, en virtud de que a criterio de UPFIELD, las modificaciones propuestas por ALES no habrían sido significativas, por lo cual, el acuerdo entre los operadores no se concluyó.

En complemento, ALES puso en conocimiento de UPFIELD que, ha observado que la presentación de BONELLA, presenta coincidencias con el empaque modificado de NATURELLA, y que eso le llama la atención.

Ahora bien, de la revisión a los alegatos y correos electrónicos, esta Intendencia identificó que debido a las modificaciones del envase de BONELLA, ALES consideró que esto podría entenderse como una manera de impedir que el producto NATURELLA ingrese al mercado.

Con este antecedente, más allá de las presunciones de las partes, esta Autoridad identificó que, los elementos de convicción analizados en la sección SÉPTIMA y OCTAVA de la presente resolución, coadyuvaron a colegir que los envases de la comparación **(A)**, “NATURELLA”, del operador investigado INDUSTRIAS ALES C.A, contendrían elementos similares al envase de BONELLA.

En este orden de ideas, lo argumentado por el operador UPFIELD en el punto uno de su escrito, no modifica el criterio de esta Intendencia, dado que conforme se identificó en esta resolución, la Intendencia ha formado su criterio en relación a las conductas desleales de confusión e imitación respecto de la comercialización de margarinas con los envases de “NATURELLA” y



“BONELLA”, analizados en la comparación A, mientras que por otro lado, se descartó las conductas desleales en los envases analizados en las comparaciones de los envases B, C y D.

- **Dos) Mala fe de ALES**

... Respecto a los cambios que ALES ofreció, como puede observar Señor Intendente, no son lo suficientemente distintivos para evitar una práctica desleal.

Diseño anterior:



Diseño con cambios ofrecidos:



ALES a su vez insiste en su argumento que “muchas otras margarinas en el mercado” utilizan los colores amarillos, verde, y azul. Llegando a plasmar imágenes de los empaques de los competidores, sin embargo, no adjuntan la imagen de BONELLA dentro de dicho recuadro:

Empaques dentro del mercado de margarinas	Colores utilizados por diferentes operadores económicos
	<ul style="list-style-type: none"> - Amarillo - Verde - Azul
	<ul style="list-style-type: none"> - Amarillo - Azul
	<ul style="list-style-type: none"> - Verde - Amarillo
	<ul style="list-style-type: none"> - Amarillo - Verde
	<ul style="list-style-type: none"> - Amarillo - Azul

De estas imágenes podemos claramente observar que, si bien el color amarillo predomina en todos los empaques, cada diseño tiene su elemento distintivo. Ejemplo: MIRAFLORES una vaca, GIRASOL las flores, etc. Pero de agregar a dicho recuadro la imagen del empaque de BONELLA es claro que ningún otro competidor del mercado ha imitado el empaque como lo ha hecho NATURELLA, utilizando los mismos elementos (...)

Si bien tal como lo alega ALES, UPFIELD presentó sus solicitudes de diseño de empaque posterior a ALES, los derechos marcarios no se encuentran en discusión dentro del presente expediente, **sino la práctica desleal cometida por ALES, y detalladas en el artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.**

En el Proceso 205-IP-2019, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina da respuesta a la siguiente pregunta formulada por la sala: ¿Si en un empaque aparecen signos de que se trata el Artículo 134 de la Decisión 486 registrados y otros no, se puede obtener la protección de todos esos elementos? ¿O solo los registrados? El Tribunal contesta:

Los signos distintivos registrados obtienen protección jurídica derivada del registro, (...). En caso de que haya otros elementos distintivos no registrados, como por ejemplo el color



de los empaques (...), **la situación en la que un tercero imite dicho color en sus propios empaques (...) podría ser analizado como un acto de competencia desleal.**

ALES afirma en el escrito que UPFIELD “ha pretendido imitar la imagen de NATURELLA” migrando la presentación del producto, y adjunta imagen donde consta un empaque circular. Sin embargo, el empaque circular es una presentación contingente, fabricada de manera excepcional en Ecuador, que surge en el mes de julio de 2021 derivado de la necesidad de mantener el abastecimiento de Bonella en el mercado ecuatoriano durante las protestas ocurridas en Cali, Colombia, lugar donde Bonella es fabricado.

Considerando que ALES en su escrito realiza afirmaciones sin considerar el orden cronológico de los eventos, a continuación, encontrará usted una línea del tiempo con los eventos mencionados:

- BONELLA es una marca que se comercializa en el mercado ecuatoriano desde el año 1982, con protección marcaría desde 1987.
- Desde el 2 de julio de 2021 llegó a la atención de UPFIELD que ALES se encontraba introduciendo un nuevo producto al mercado. Dicho nuevo producto consiste en una margarina identificada con la marca “NATURELLA” cuya imagen de publicidad de sus principales presentaciones reproducimos a continuación junto con las principales presentaciones de BONELLA (...)
- (...)UPFIELD notificó a ALES el 21 de julio del 2021 una carta de Cese de Uso (adjunta) solicitando el cese del uso o comercialización de los diseños de empaque de NATURELLA por su alta similitud con los diseños de empaque de BONELLA.
- ALES contestó dicha carta rechazando la existencia de dicha infracción, pero abriendo la puerta al diálogo. Los cambios que ALES ofreció a BONELLA no impedían la confusión del consumidor ante dos productos claramente similares. Debajo imágenes de BONELLA y diseño de ALES con los cambios (...)

Como puede observar el cambio que ALES ofreció fue insignificante para cambiar el diseño que hoy en día comercializan y el cual imita al diseño de mi representada.

- En el mes de julio del 2021, como consecuencia de una estrategia de ahorros en materia de empaques se cambia el tono de la tapa verde del empaque de BONELLA a un verde transparente.
- Así mismo en el mes de julio, por un desabastecimiento del empaque consecuencia de problemas en Colombia, se decide producir empaque temporalmente en Ecuador. Este es el empaque redondo producido por LA FABRIL.

En consecuencia, **rechazamos categóricamente la audaz afirmación realizada por ALES, de que ha sido UPFIELD quien ha variado su presentación para acercarse a NATURELLA.**



Respecto a la afirmación de ALES de que no existe una afectación general, la LORCPM en su artículo 25 establece “basta constatar que la generación de dicho daño sea potencial”, en este caso ya en escritos anteriores dentro del proceso hemos demostrado que INDUSTRIAS ALES no solo es una compañía de renombre siendo distribuidor de marcas como PROACTER AND GAMBLE sino que también goza de prestigio en el mercado de los aceites, mercado relacionado con la margarina.

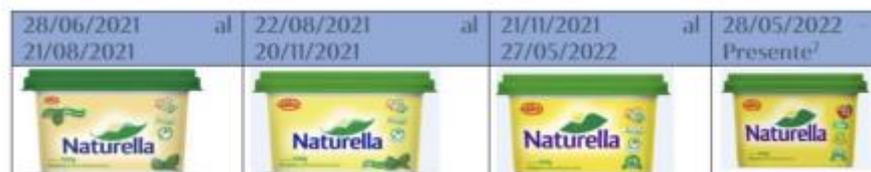
De acuerdo con el informe anual presentado por INDUSTRIAS ALES ante la Superintendencia de Compañías y Valores la compañía se mantiene entre los top competidores para aceites.



Tomando en consideración la participación de INDUSTRIAS ALES en otros mercados, es de esperarse que tenga capacidad para causar una afectación al consumidor y en consecuencia al mercado relevante de margarinas.

Respecto al argumento de ALES sobre los diseños de empaque objetos de la presente investigación, es muy importante recordar **que la LORCPM en sus artículos 38 y 53 faculta a la SCPM a investigar de oficio, sin necesidad de una denuncia.** Sin embargo, si bien al momento de ingresar la denuncia presentada por mi representada se presentó un diseño de empaque el cual se comercializaba en ese momento, los diseños posteriores productos de la gestión extraprocésal iniciada por UPFIELD deben ser incluidos dentro de la investigación al ser diseños que guardan relación con el diseño inicial, cambiando elementos insignificantes como para pretender que sean considerados “nuevos diseños”.

Debajo imágenes del mismo diseño de empaque con ligeros cambios:



- **Análisis de esta Intendencia**

Respecto de lo referido por el denunciante, en relación a que los cambios “ofrecidos” por

INDUSTRIAS ALES C.A., no fueron suficientes para evitar la conducta desleales, esta Intendencia considera que, conforme el análisis económico y jurídico realizado en secciones anteriores, únicamente los envases referidos en la comparación A, mantiene elementos en un gran porcentaje similares al envase de “BONELLA”, conforme consta a continuación:



Del análisis de la comparación A, realizado de los productos “NATURELLA” respecto de “BONELLA”, esta Intendencia, identifica lo siguiente:

- El envase de “NATURELLA” mantiene un alto grado de semejanza con “BONELLA”, en relación a: los colores de los envases (verde y amarillo), la posición, dimensión, y color de las hojas de la parte superior izquierda e inferior derecha de la etiqueta, el color de las letras de las marcas (azul), el sol, el fondo de color blanco en el centro de los envases, el uso de las tapas de color verde de los envases y el contenido de los productos (500g).

Es decir, esta Intendencia considera que el operador INDUSTRIAS ALES C.A., utilizó en su producto “NATURELLA” un similar esquema visual y elementos que en gran porcentaje coincide con el producto “BONELLA”.

Además, la marca “BONELLA” habría estado en el mercado desde el año 2017⁶³, mientras que “NATURELLA” habría ingresado desde junio de 2021, lo que, demuestra que el diseño, colores y elementos de la margarina fue utilizada primero por el denunciante, y el cual, al mantenerse durante alrededor de 5 años, gozaría de un posicionamiento en el mercado ecuatoriano.⁶⁴

- Del análisis del posicionamiento de marcas de margarinas, se identificó que “BONELLA”,

⁶³ E incluso conforme consta en el escrito con ID. 257398: “... BONELLA es una marca que se comercializa en el mercado ecuatoriano desde el año 1982, con protección marcaria desde 1987”.

⁶⁴ Con base en el análisis económico, se identificó que “BONELLA” estaría en el mercado desde el 2017, es decir, el producto se estaría comercializando por 5 años en el mercado.



se encontraría dentro del ranking de las 10 principales marcas, y sería el producto de mayor demanda en el mercado nacional.

- Así también, de las encuestas realizadas a los consumidores, esta Intendencia evidencia que el 67% de los encuestados, (respecto de la pregunta 7.7, donde se realizó la exhibición de la imagen del producto, tapando su marca), respondieron que existe una asociación del envase con “BONELLA”, lo que quiere decir, que dicha marca cuenta con notoriedad y posicionamiento en la mente de los consumidores dentro de este mercado.

En conclusión, del análisis realizado esta Intendencia considera que el esquema del envase de “NATURELLA” del operador INDUSTRIAS ALES C.A., reproduce mayoritariamente los elementos del producto “BONELLA”, lo que, podría resultar idóneo para generar confusión en los consumidores, principalmente, respecto del origen real del producto “NATURELLA”, en virtud de un aprovechamiento desleal del esfuerzo de un tercero en el mercado.

En tanto que se demostró que los consumidores podrían asociar que los dos productos tanto “NATURELLA” y “BONELLA” pertenecerían a una misma empresa, o que al menos, mantendrían alguna vinculación comercial. Por lo que, el denunciado, con el fin de ganar posición en el mercado de margarinas, podría haberse aprovechado del prestigio y/o reconocimiento de “BONELLA”, no sobre la base de su eficiencia económica, u otros factores como características propias del producto, sino por un acto de competencia desleal.

El referido análisis permitió a esta Intendencia evidenciar los elementos de convicción respecto de las conductas desleales en el marco de la LORCPM.

Además, de acuerdo con la información constante en el expediente, así como las encuestas realizadas a los consumidores, se descartó que las comparaciones B, C y D, mantengan elementos suficientes como para generar una confusión en la procedencia empresarial. Principalmente, esta Intendencia señaló:

- Los envases analizados en las comparaciones B, C y D guardan menor grado de semejanza respecto de la comparación A. En particular, en: colores, gráficos y posición.

Esto en virtud de que el operador denunciado realizó varias modificaciones en la presentación visual de su producto “NATURELLA”, principalmente, en:

- Ya no constan las hojas color verde en el envase
 - Aumentó el tamaño de letra y espacio del fabricante
 - Cambio varios colores, en el nombre del producto pasó de azul a “purple”, y el fondo de la etiqueta, pasó de amarillo en tono bajo a amarillo en un tono más fuerte.
- Es decir, los elementos que se identificaron como similares, fueron modificados con el paso de las etiquetas posteriores, únicamente dejando un fondo blanco y el uso del sol en su etiqueta, lo que a criterio de esta Intendencia, no sería suficiente para generar confusión en los consumidores en relación al producto “BONELLA”, que en la actualidad, se identifica como un producto distinto.



En consecuencia, éste punto fue abordado por esta Intendencia, llegando a la conclusión que únicamente el envase de la comparación A de “NATURELLA” mantiene elementos suficientes elementos similares, capaces de provocar una confusión e imitación en los consumidores en relación al producto “BONELLA”, descartando cualquier otro envase distinto al referido. Además, el operador UPFIELD tampoco ha presentado información adicional, que permita cambiar las conclusiones de esta Autoridad.

Por otro lado, en relación al argumento de que existirían otras margarinas en el mercado que utilizarían los mismos colores, esta Intendencia considera importante referirse al análisis semiótico realizado por el CRDPIC, en el cual concluyó que:

“CONCLUSIÓN GENERAL”

“II. En relación a los elementos comunicacionales de los otros envases no se evidencia mayores similitudes en su morfología, ni en el uso de los recursos iconográficos y lingüísticos, dotando a cada uno de los envases de características específicas”

El Informe de Resultados analizó ampliamente cada uno de los envases referidos tanto por el denunciante, en el escrito que se despacha, como denunciado en su escrito de explicaciones, de la siguiente manera:

CONSIDERACIONES DE LA DNICPD	ALES	UPFIELD
<p>El empaque del producto Klar, se caracteriza por los siguientes elementos:</p> <ol style="list-style-type: none">1.- La etiqueta mantiene entre sus colores: amarillo en mayor porcentaje; rojo en el centro de la etiqueta con el nombre del producto en letras blancas; línea de color blanco; y, una línea de color verde en la parte inferior izquierda del envase.2.- Su forma es circular.3.- La tapa es de color amarillo.4.- Las letras de color rojo (“Margarina” – “de Mesa Reducida en Grasa”) <p>En este sentido, esta Dirección considera que los elementos utilizados en el producto examinado, no mantiene semejanzas que puedan crear en los consumidores, la idea de que el producto pertenece a un origen empresarial de un tercero.</p> <p>Al respecto, el Consejo en su informe⁶⁵ manifestó:</p> <p>“5.3 En relación a los envases margarina “Naturella-500 g.” y margarina “Klar-500 g.”</p>		

⁶⁵ CRDPIC-CGD-DTEC-2022-001-AS-MARGARINA.



“Los envases de los dos productos tienen **características distintas** en su morfología.

También que, la disposición de los códigos cromáticos, dispuestos en los envases coinciden en el uso del color amarillo, verde y blanco, sin embargo, la composición de la cromática, el uso de los recursos iconográficos y lingüísticos dotan a cada uno de los envases de **características específicas.**”

En este orden de ideas, este órgano de investigación colige que, los productos mantienen características y herramientas distintas, que permitiría a los consumidores diferenciar los productos.

Es decir, los envases no compartirían rasgos y/o elementos similares, que pueda crear confusión con las prestaciones, de los productos, y afectar la decisión de compra de los consumidores.

La presentación del producto Regia, presenta las siguientes herramientas:

- 1.- La etiqueta mantiene entre sus colores: amarillo en mayor porcentaje; el nombre del producto en letras blancas con bordes azules.
- 2.- Una rodaja de pan, untando margarina con un cubierto.
- 3.- La tapa es de color blanco.
- 4.- Las letras de color azul.
- 5.- Forma elíptica del envase.

Del examen del envase del producto, esta Dirección considera que los elementos utilizados, no guardan similitud entre sus características, en consecuencia, el empaque no podría crear la imagen de que el producto pertenece a un origen empresarial de un tercero.

Por su parte, el Consejo en su informe⁶⁶ manifestó:

“5.4 En relación a los envases margarina “Naturella-500 g.” y margarina “Regia-500 g.”

“Los envases de los dos productos tienen características similares en su morfología, también se evidencia coincidencia en el uso del color amarillo y azul, sin embargo, al observar el uso de los recursos cromáticos, iconográficos y lingüísticos **dotan a cada uno de los envases de características específicas.**”

Con estos lineamientos, este órgano de investigación considera que los envases y presentación de los productos, mantienen características específicas, que



⁶⁶ CRDPIC-CGD-DTEC-2022-001-AS-MARGARINA.

<p>permite diferenciar los productos. En consecuencia, los elementos del empaque REGIA frente a los dos empaques de la denuncia, se pueden diferenciar, en tanto que sus herramientas y presentación son específicas, y no podría confundirse su identidad empresarial.</p>	
<p>La presentación del producto Imperial, presenta las siguientes herramientas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- La envoltura es de color amarillo. 2.- La forma de una gota de color rojo, con el nombre del fabricante (DANEC). 3.- Las letras son de color azul. <p>Con estas consideraciones, se identificó que la presentación del producto, no guarda similitud con los envases examinados, en consecuencia, el empaque no podría crear la imagen de que el producto pertenece a un tercero.</p>	
<p>El envase del producto Miraflores, presenta los siguientes elementos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- La etiqueta es de color blanco, con flores de color amarillo, y una línea amarilla en la mitad de la etiqueta. 2.- Las letras son de color azul y blanco. 3.- La forma del envase es elíptica. 4.- La figura animada de la cabeza de una vaca, en un círculo de color celeste, sobre el nombre del producto con un fondo azul. <p>Del envase examinado se identificó que la presentación del producto, no mantiene semejanzas en su composición y presentación, por lo cual, el envase no podría crear la imagen de que el producto comparte relación con “BONELLA” o “NATURELLA”.</p> <p>En adición, el Consejo en su informe⁶⁷ consideró:</p> <p>“5.5 En relación a los envases margarina “Naturella-500 g.” y margarina “Miraflores-250 g.””</p> <p>“Los envases de los dos productos tienen características distintas en su morfología. También que, la disposición de los códigos cromáticos, dispuestos en los envases coinciden en el uso del color amarillo y blanco, sin embargo, la composición de la cromática, el uso de los recursos iconográficos y lingüísticos dotan a cada uno de los envases de características específicas.”</p> <p>Con estas premisas, esta Dirección coincide con el</p>	

⁶⁷ CRDPIC-CGD-DTEC-2022-001-AS-MARGARINA.

<p>criterio del Consejo, en tanto que los empaques presentan características diferenciadoras. Por lo cual, no guarda similitud con los envases examinados.</p>	
<p>La etiqueta del producto Girasol, presenta los siguientes elementos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- La etiqueta es de color verde, con girasoles de color amarillo. 2.- Las letras son de color blanco. 3.- La forma del envase es circular. 4.- La tapa es de color verde y amarillo. <p>La presentación del producto, como color predominante mantiene el verde, y la presencia de girasoles alrededor del envase, en tal sentido, este órgano de investigación considera que el envase no presenta semejanzas con “BONELLA” o “NATURELLA”.</p> <p>Además, el Consejo en su informe⁶⁸ subrayó:</p> <p>“5.2 En relación a los envases margarina “Naturella-500 g.” y margarina “Girasol-500 g.” “Los envases de los dos productos tienen características distintas en su morfología. También que, la disposición de los códigos cromáticos, dispuestos en los envases coinciden en el uso del color verde, amarillo y blanco, sin embargo, la composición de la cromática, el uso de los recursos iconográficos y lingüísticos dotan a cada uno de los envases de características específicas.”</p> <p>En este orden de ideas, es criterio de esta Dirección que, los envases examinados no coinciden en su presentación y composición, en tanto que sus características son diferentes.</p>	 
<p>La etiqueta del producto Marca blanca (SUPERMAXI), mantiene el siguiente esquema:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- La etiqueta es de color blanco, verde, rojo y amarillo. 2.- Las letras son de color blanco y verde. 3.- La forma del envase es trapezoide. 4.- La tapa es de color blanco. 	

⁶⁸ CRDPIC-CGD-DTEC-2022-001-AS-MARGARINA.



5.- El empaque mantiene la representación de unas montañas, casas, el sol y una vaca.

En el envase predomina el color blanco, verde y rojo, en tal virtud, este órgano de investigación colige que el envase no presenta similitudes con la presentación de los productos “BONELLA” o “NATURELLA”.

Por su parte, el Consejo en su informe⁶⁹ subrayó:

“5.6 En relación a los envases margarina “Naturella-500 g.” y margarina “Supermaxi-500 g.”

“Los envases de los dos productos tienen **características distintas** en su morfología.

También que, la disposición de los códigos cromáticos, dispuestos en los envases coinciden en el uso del color verde y blanco, sin embargo, la composición de la cromática, el uso de los recursos iconográficos y lingüísticos **dotan a cada uno de los envases de características específicas.**”

Con estas consideraciones, se resalta que los envases analizados, no coinciden en su presentación y composición, por lo cual, no podría crear la impresión de que el producto pertenece a la cartera de productos de UPFIELD o ALES.



Fuente: Informe N.º CRDPIC-CGD-DTEC-2022-001-AS-MARGARINA, adjunto al oficio N.º CRDPIC-PREC-2022-0001-EQ, con ID 231850.

Elaborado por: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

Ahora bien, del análisis integral a los elementos que componen los empaques así como los criterios del Tribunal Andino, ampliamente analizado en las secciones anteriores, esto es, diseño, colores, gráficos, presentación, y disposición de los elementos utilizados por los productos individualizados *ut supra*, esta Dirección identificó que entre las herramientas que componen los envases de los productos examinados, comparten únicamente el color amarillo, empero, en una disposición diferente, predominancia disminuida, y distinta presentación. Por lo que, no se evidencia semejanzas importantes entre los productos analizados, frente a BONELLA o NATURELLA.

Al respecto, esta Intendencia ha formado su criterio respecto de que los envases analizados *ut supra*, no presentan semejanzas representativas que puedan generar confusión en los consumidores, manteniendo incluso diferencias evidencias en cada uno de ellos, como por ejemplo: REGIA, mayoritariamente utiliza el color amarillo y azul, con un gráfico de una tostada; GIRASOL, utiliza en mayor proporción el color verde su envase es circular y contiene girasoles en su presentación; KLAR, utiliza un envase circular y un círculo rojo donde consta de manera

⁶⁹ CRDPIC-CGD-DTEC-2022-001-AS-MARGARINA.

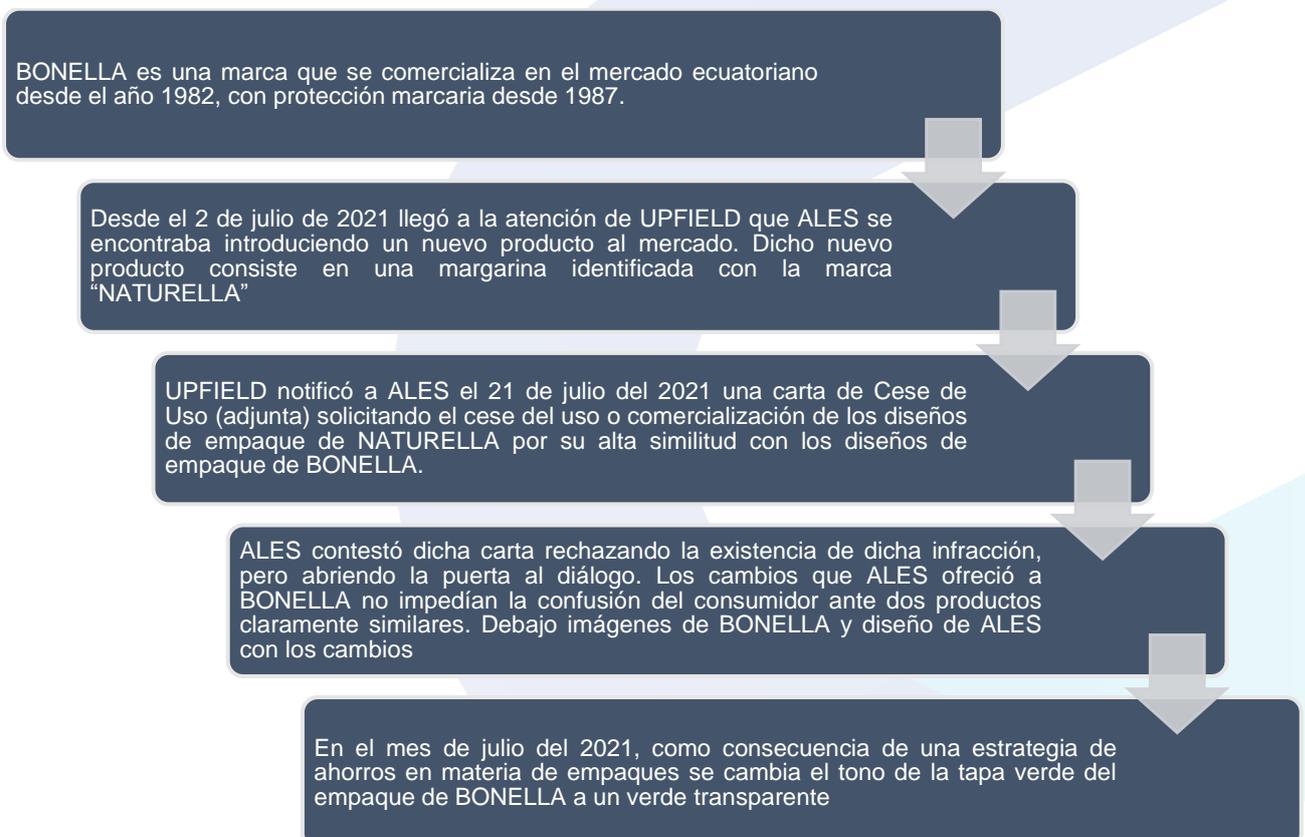


amplia su marca; y finalmente MIRAFLORES, en gran porcentaje su envase es blanco y utiliza una imagen de vaca en la parte frontal de su etiqueta.

En conclusión, dichos envases no podrían ser aptos para generar confusión o imitación del esquema general de “BONELLA”, situación que ha sido descartada por esta Intendencia. Por lo que, lo referido por UPFIELD no contraviene el análisis referido en el Informe de Resultados elaborado por la DNICPD, y la presente resolución.

En otro orden de ideas, en relación a lo referido en el proceso N.º 205-IP-2019, en el que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, señaló que efectivamente se puede analizar otros elementos distintivos no registrados, como por ejemplo; los colores de los empaques, debería ser analizado como un acto de competencia desleal; al respecto, esta Intendencia concuerda con dicho pronunciamiento, y tal como fue analizado en el punto 9.2 de la presente resolución, se evidenciaron elementos de convicción de conductas desleales, en específico, de confusión e imitación, no obstante, se trataría de un tema entre pares, en tanto que esta Intendencia observó que el comportamiento de INDUSTRIAS ALES C.A., no tendrían la capacidad de falsear al régimen de competencia dentro del mercado relevante de margarinas comercializadas a nivel nacional.

Por otro lado, el operador para refirmar sus argumentos realizó la siguiente línea de tiempo:



Fuente: escrito ID. 257398



Respecto de los hechos y las fechas de comercialización de los productos “NATURELLA” y “BONELLA” han sido ampliamente analizados en punto SÉPTIMO de la presente resolución.

Así también, el operador UPFIELD, se refirió a un posible efecto potencial, de tal modo que citó el informe anual presentado ante la Superintendencia de Compañías y valores que se mantiene a INDUSTRIAS ALES C.A., en el Top de empresas competidoras de aceites, conforme consta a continuación:



En este sentido, es indispensable aclarar al operador económico UPFIELD que, el mercado relevante determinado en el presente expediente es la comercialización de margarinas a nivel nacional, y que se descartó tanto por el lado de la demanda y oferta, otros productos sustitutos como aceite vegetal, mantequilla, aceites, ghee, y manteca. Por lo que, señalar que un efecto potencial podría suscitarse debido a que INDUSTRIAS ALES C.A., mantiene posicionamiento en el mercado de aceite, es incoherente conforme la información que obra del expediente y el análisis realizado por esta Intendencia.

Además, esta Intendencia fue clara, al señalar que no existe la probabilidad de un efecto potencial como consecuencia de las conductas analizadas, por cuanto, incluso el envase de la comparación A, ya no consta en el mercado ecuatoriano, no permitió cuantificar o evidenciar un falseamiento al régimen de competencia, conforme consta en la presente resolución.

En conclusión, lo argumentado por UPFIELD no modifica los hallazgos y resultados obtenidos por esta Intendencia, en el marco de la presente investigación.

Finalmente, en cuanto a la pertinencia del análisis de las modificaciones de los envases de NATURELLA, y que se debe tener en cuenta las atribuciones contenidas en la LORCPM, esta Intendencia considera oportuno citar lo analizado en la providencia de 23 de septiembre de 2022, en los siguientes términos:

TERCERO.- Agréguese al expediente el escrito presentado por el operador ALES, el 20 de septiembre de 2022, las 15h12, con ID 250494, en su atención: Respecto a la solicitud del aclaración y rectificación de la providencia de 16 de septiembre de 2022, esta Intendencia considera lo siguiente: **3.1.- i)** El artículo 133 del COA, en su parte pertinente establece: “*Los órganos administrativos no pueden variar las decisiones adoptadas en un acto administrativo después de expedido pero sí **aclarar algún concepto dudoso u oscuro***”



y rectificar o subsanar los errores de copia, de referencia, de cálculos numéricos y, en general, los puramente materiales o de hecho que aparezcan de manifiesto en el acto administrativo.” **ii)** Al respecto, es irrefutable señalar que la finalidad de la aclaración, es clarificar el sentido de las actuaciones administrativas cuando existe algún concepto oscuro que dificulta el entendimiento y el cumplimiento de los pronunciamientos de la administración. **iii)** Con base en lo referido, de la revisión al contenido de la providencia de 16 de septiembre de 2022, este Órgano de investigación no identificó ningún concepto oscuro o dudoso, en tanto que la providencia es clara y comprensible, en consecuencia, esta Autoridad niega la solicitud del operador económico ALES. **3.2.-** Sin perjuicio de lo indicado, esta Intendencia considera necesario referirse a los puntos controvertidos por el operador económico en los siguientes términos: **i)** En relación al acápite (I), esto es: **“RESPECTO DEL ALCANCE Y ÁMBITO DE INVESTIGACIÓN EN EL PRESENTE EXPEDIENTE”**, se tiene en cuenta lo siguiente: **a)** La denuncia interpuesta por el operador económico UPFIELD, es el medio, a través del cual, la administración tuvo conocimiento de una presunta infracción por prácticas de competencia desleal, no obstante, una denuncia, sea esta de cualquier índole, no puede limitar o restringir las acciones de la administración pública en el marco de la sustanciación de un procedimiento administrativo sancionador; tanto es así que, incluso, conforme lo previsto en el artículo 187 del Código Orgánico Administrativo⁷⁰, norma supletoria a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la imputación o la acusación que realiza el denunciante, no es vinculante para el inicio de un procedimiento administrativo, entendiéndose que la denuncia únicamente debe ser considerada como un mecanismo mediante el que una persona pone en conocimiento de la administración, la existencia de un hecho que puede constituir fundamento para las actuaciones de los entes competentes. **b)** En línea con lo anterior, el operador investigado debe tener en cuenta que el objeto de la presente investigación, no propende precautelar los derechos de los particulares o las posibles afectaciones que estos hayan tenido por el cometimiento de prácticas de competencia desleal; por el contrario, las facultades de esta Entidad de control, se centran en precautelar el interés general a través de la prevención, prohibición y sanción de las prácticas anticompetitivas que afecten el orden económico público. En este sentido, las denuncias administrativas no pueden ser entendidas como instrumentos idóneos para pretender salvaguardar intereses particulares, ya que intrínsecamente están concebidas para que la administración pública conozca de presuntas infracciones administrativas, y ejerza el control correspondiente en el marco de las atribuciones conferidas por la Constitución de la República y la ley. **c)** Resulta más que pertinente resaltar que, las razones expuestas por esta Intendencia, se encuentran sustentadas en el pronunciamiento de la Corte Constitucional, quien mediante pronunciamiento N.º 48-14-IN/21, expedida dentro del caso N.º 48-14-IN, consideró que: *“(…) la autoridad administrativa, previo a iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio, está facultada para efectuar actuaciones previas conforme al artículo 175*

⁷⁰ La denuncia **no es vinculante para iniciar el procedimiento administrativo** y la decisión de iniciar o no el procedimiento se comunicará al denunciante.



del Código Orgánico Administrativo (“COA”) para “conocer las **circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento**” dado que la presentación de una denuncia **no obliga a la administración a iniciar el procedimiento sancionatorio**. Una vez formalizado el inicio del procedimiento, le **corresponde a la administración pública**, a través del órgano instructor, realizar “de oficio las actuaciones que resulten necesarias para el examen de los hechos, **recabando los datos e información que sean relevantes para determinar la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción**”, correspondiéndole a este ente la carga de la prueba. Conocidas las alegaciones y practicada la prueba de la administración y del presunto infractor, se dictará el acto administrativo que resuelve el procedimiento sancionador. Es decir, del procedimiento descrito, el **denunciante no es parte del proceso sancionatorio y su denuncia no es vinculante para la administración**, por lo que no le corresponde llevar adelante el procedimiento administrativo.”; en sumo, esta Intendencia rechaza enfáticamente las infundadas aseveraciones realizadas por el operador, ya que esta Autoridad, en observancia de los principios de juridicidad y legalidad, en todo momento ha actuado en procura de tutelar el derecho al debido proceso y la seguridad jurídica, descartando que las actuaciones que se realizan sean discrecionales o peor aún arbitrarias. **d)** A pesar de lo referido en el análisis realizado, esta Intendencia tiene en cuenta que en la denuncia interpuesta por el operador UPFIELD, en el apartado III de la letra E), el denunciante hace referencia a la presentación y modificaciones propuestas por ALES, esto es: “UPFIELD notificó a ALES el 21 de julio de del presente año una carta de Cese de Uso (adjunta) solicitando el cese del uso o comercialización de los diseños de empaque de BONELLA. ALES contestó dicha carta rechazando la existencia de dicha infracción, pero abriendo la puerta al dialogo (adjunta). Lamentablemente dicho dialogo **no produjo los cambios necesarios al diseño de empaque de NATURELLA** para evitar la confusión de los consumidores y la práctica anticompetitiva incurrida sino únicamente un ofrecimiento vía correo electrónico de **cambios superficiales...**”. Por otro lado, conforme se señaló en la providencia de 16 de septiembre de 2022, la resolución de inicio de la investigación de 08 de noviembre de 2021, fue sumamente clara en identificar el presunto producto objeto de las conductas, así como la presunta duración de las mismas; en complemento, esta Intendencia, en múltiples pasajes de la referida resolución, hizo hincapié que dichos elementos fueron identificados de forma preliminar, y que solo a través de la información que se recabe durante el procedimiento investigativo, así como de la aplicación de las herramientas y metodológicas definidas por la Junta de Regulación de la LORCPM, se podrán identificar los elementos que formen el criterio de la Autoridad respecto del mercado relevante, el marco temporal y la estacionalidad del caso en análisis. Aquello guarda estrecha relación con la obligación de la carga probatoria que le corresponde al Órgano de Investigación, sin perjuicio de los elementos que pudieren aportar los operadores durante el procedimiento investigativo, conforme establece el artículo 48 de la LORCPM⁷¹. **e)** En

⁷¹ La carga de la prueba **corresponderá a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado**, sin perjuicio de las pruebas aportadas por el denunciante y el denunciado.



adición, es necesario contextualizar que, conforme establecen los artículos 56 de la LORCPM, y 62 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, el momento procesal oportuno, para que la Intendencia realice las diligencias necesarias que permitan recabar los elementos de convicción para definir posteriormente el mercado relevante, el marco temporal, la presunta existencia de conductas desleales, y el posible falseamiento al régimen de competencia, es la etapa de investigación, la cual, en el presente expediente se encuentra discurriendo de forma legal y oportuna. **ii)** Por otro lado, el operador económico ha hecho referencia a casuística en materia de competencia desleal, al respecto esta Intendencia se permite contextualizar que los casos citados por ALES en el escrito de marras, son respecto de conductas distintas a las que se investigan en el presente expediente; además, el operador descontextualiza la línea investigativa con la que fueron tramitados y el pronunciamiento expedido por el Órgano de Resolución. Para ejemplificar lo indicado, esta Intendencia tiene en cuenta que dentro del expediente N.º SCPM-IGT-INICPD-041-2019, si se analizaron las modificaciones a los envases del producto “CLOROX” difundido en su publicidad, con la finalidad de determinar si se mantenían las aseveraciones insertas en la etiqueta, así como de definir el marco temporal en que cada una de estas se encontraban en uso. De esta forma, dentro del expediente N.º SCPM-CRPI-042-2021, la Comisión de Resolución de Primera Instancia acogió el análisis de la presentación y modificación del producto del operador “ECUACLOROX”, emitido por esta Intendencia, y en consecuencia resolvió: ***“DECLARAR que el operador económico CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX cometió una falta grave al realizar actos de competencia desleal en modalidad de engaño de conformidad con el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM, tal y como se indicó en la parte motiva de la presente resolución.”*** En función de lo expuesto, esta Intendencia identifica que, la propia casuística presentada por el operador económico, guarda homogeneidad con las actuaciones que se encuentra realizando esta Intendencia en la sustanciación del presente expediente. **3.3.-** En lo que respecta a la presunta ***“VULNERACIÓN A LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE ALES”***, esta Intendencia considera lo siguiente: **i)** Dentro del presente expediente, en todo momento se ha precautelado el debido proceso, concediendo el tiempo y los medios necesarios para que el operador económico ALES ejerza adecuadamente su derecho a la defensa. **ii)** Tanto es así que, en su escrito de explicaciones signado con ID 210661, el operador entre sus alegaciones hizo referencia a las modificaciones que habría tenido la etiqueta del producto “NATURELLA”, argumentos que fueron valorados y analizados por esta Intendencia dentro de la resolución de inicio de la investigación de 08 de noviembre de 2021. **iii)** En adición, el operador ALES mediante escrito signado con ID 250085, adjuntó el ***“...Informe cuantitativo de empaques margarina, realizado por la empresa Sensory Experience...”***, el cual versa sobre el examen realizado a los envases nuevos y/o modificados de los productos “NATUELLA” y “BONELLA”, es decir, el propio operador económico es consciente de que se encuentra ejerciendo su derecho a la defensa respecto del producto, y las distintas modificaciones identificadas en la resolución de inicio de investigación. En consecuencia, las alegaciones planteadas por el operador, en relación a que se estaría vulnerando su derecho a la defensa, serían contradictorias y alejadas de la realidad procesal, más aún, cuando del informe se identifica que ALES fue quien proporcionó los productos para el análisis, como se observa en el acápite denominado: ***“IMAGEN DE EMPAQUES EVALUADOS IMÁGENES ENVIADAS POR ALES Y GUÍA DE ENCUESTA APROBADA POR ALES.”*** **iv)** En síntesis, esta Autoridad deja constancia y recalca que la investigación ha respetado el debido proceso, seguridad jurídica, y derecho a la defensa del investigado, por lo que rotundamente rechaza los argumentos del operador. **3.4.-** Respecto al punto 1 contenido en el apartado IV de escrito



de referencia, esto es “*Se sirva aclarar y rectificar los hechos y actos objeto de la presente investigación, y su temporalidad, según consta ya acreditado en la investigación realizada*”, sin perjuicio de lo señalado en el número 3.1 del ordinal TERCERO de la presente providencia, esta Intendencia señala lo siguiente: **i)** Como conoce la defensa técnica del operador económico investigado, si bien el derecho a la defensa debe ser garantizado en cada etapa del procedimiento, la especificidad de los hechos y temporalidad de las conductas, deben establecerse dentro del informe de resultados de la investigación, y de ser el caso, en una eventual formulación de cargos, en tanto que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ha previsto que a partir de ese momento, el operador pueda replicar o presentar sus objeciones sobre el mercado relevante determinado, marco temporal, conductas desleales identificadas y el falseamiento al régimen de competencia. **ii)** En consecuencia, esta Intendencia encuentra impertinente e inoportuna la solicitud del operador económico. **3.5.-** En lo que respecta al punto 2 contenido en el apartado IV del escrito de marras, esto es: “*De haberse incluido actos y hechos que se encuentran fuera del ámbito de investigación en el desarrollo de la presente investigación y diligencias ordenadas, se sirva anular y retrotraer el expediente al momento en que el enfoque de la investigación sea única y exclusivamente enfocado en los hechos denunciados.*”; esta Intendencia manifiesta lo siguiente: **i)** Con base en la resolución de 08 de noviembre de 2021, y las razones expuestas a lo largo del presente acápite, esta Autoridad ratifica que, la investigación versa sobre los mismos hechos y conductas, sin que esta haya sido ampliada a comportamientos nuevos o conductas anticompetitivas diferentes, en específico, el expediente sancionador investiga los actos tipificados en los numerales 1 y 3 letra (b) del artículo 27 de la LORCPM, en consecuencia, esta Intendencia rechaza la solicitud del operador, en tanto que, no encuentra motivo alguno para declarar la nulidad en el procedimiento administrativo.

En consecuencia, esta Intendencia ha dejado sumamente claro las atribuciones con las que cuenta para realizar su investigación de conductas desleales, y además que se ha actuado en el marco de sus competencias y respetando la normativa jurídica aplicable al presente caso.

- **(...Tres) La AMENAZA e INTENTO DE INTIMIDAR de ALES hacia la SCPM**

Dentro de su escrito 250494 ALES realiza lo que a todas luces pareciera ser una AMENAZA e intento de INTIMIDACIÓN contra la autoridad expresando:

“seria (sic) lamentable que el presente expediente se convierta en uno más de los procesos administrativos que, al ser judicializados, son revocados y anulados, perjudicando la imagen institucional de la SCPM por falta de cumplimiento de las reglas del debido proceso, y los vicios de nulidad que van surgiendo del expediente, que todavía estarían a tiempo de ser rectificadas”

Ante esto, RECHAZAMOS con fuerza las aseveraciones injustificadas de ALES que pretenden desviar la atención de la autoridad del objeto de la investigación o intimidarla en forma alguna, lo cual consideramos sumamente irregular e improcedente. (...)

Al respecto, esta Intendencia recalca que, las actuaciones de este Órgano técnico de investigación se encuadran con los lineamientos establecidos en los artículos 75; 76; y, 82 de la Constitución de la República del Ecuador, así como la LORCPM, y demás normativa aplicable.



En tanto que, la investigación se ha sustanciado conforme a las atribuciones de esta Intendencia, a fin de identificar o descartar el cometimiento de las conductas desleales de confusión e imitación; por lo que, el criterio de las partes, al no ser argumentos que incidan en el fondo de la investigación, carecen de relevancia dentro del procedimiento administrativo, por lo que, esta Autoridad considera intrascendente referirse a meras conjeturas infundadas.

9.3. Indicios de conductas desleales relacionadas con propiedad intelectual entre pares

Sobre el presente acápite, es importante señalar que, 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 el 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)

Por lo que, 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 competencia⁷²; 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

⁷² En concordancia con los artículos 1, 25 y 78, numeral 2, letra c) de la LORCPM.



exista una afectación al orden público económico.

Ahora bien, conforme el segundo inciso del artículo 26 de la LORCPM, los casos de competencia desleal en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, 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.

En el presente caso, de conformidad con lo expresado en el análisis económico y jurídico, se identificó elementos de convicción respecto de los actos de confusión e imitación, los cuales guardan relación con los envases de la comparación A, en particular, esta Intendencia señaló:

Respecto de la conducta de cofusión:

... En resumen y por el análisis antes referido, esta Intendencia concluye que los envases identificados en líneas anteriores (Comparación A), por el esquema utilizado por INDUSTRIAS ALES C.A., en su producto “NATURELLA”, **sería apto para generar confusión indebida en los consumidores respecto de su origen empresarial, generando la idea que podría tratarse del producto “BONELLA” propiedad de UPFIELD, lo que significa, que existen elementos de convicción respecto de la conducta de confusión, conforme los parámetros que contempla el numeral 1 del artículo 27 de la LORCPM.**

Por otro lado, en relación a la conducta de imitación:

En conclusión, del análisis realizado esta Intendencia considera que el esquema del envase de “NATURELLA” del operador INDUSTRIAS ALES C.A., reproduce mayoritariamente los elementos del producto “BONELLA”, lo que, podría resultar idóneo para generar confusión en los consumidores, principalmente, respecto del origen real del producto “NATURELLA”, en virtud de un aprovechamiento desleal del esfuerzo de un tercero en el mercado.

En tanto que se demostró que los consumidores podrían asociar que los dos productos tanto “NATURELLA” y “BONELLA” pertenecerían a una misma empresa, o que al menos, mantendrían alguna vinculación comercial. Por lo que, el denunciado, con el fin de ganar posición en el mercado de margarinas, podría haberse aprovecha del prestigio y/o reconocimiento de “BONELLA”, no sobre la base de su eficiencia económica, u otros factores como características propias del producto, sino por un acto de competencia desleal.

En consecuencia, esta Autoridad concluye que respecto de la comparación A, el operador INDUSTRIAS ALES C.A., a través de la comercialización de su producto “NATURELLA”, pudo haber imitado de manera desleal, la presentación de “BONELLA”, por cuanto sus elementos coinciden en gran porcentaje en su esquema general.

Con base en lo expuesto, esta Intendencia coincide con la DNICPD, por cuanto el comportamiento de INDUSTRIAS ALES C.A., con la comercialización del producto “NATURELLA” (envase A), se enmarcaría en la conducta tipificada en la letra b) del numeral 3 del artículo 27 de la LORCPM. (Énfasis añadido)

Por lo que, si bien se demostraron los elementos de convicción en relación a las conductas de



confusión e imitación respecto de los envases analizados en la comparación A, tanto de “NATURELLA” y “BONELLA”, del análisis económico se descartó que el comportamiento del operador INDUSTRIAS ALES C.A., haya logrado generar un falseamiento al régimen de competencia.

Por otro lado, 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 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 unas posibles prácticas desleales que **no podrían 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 entre pares, esta Intendencia considera que la autoridad de derechos de propiedad intelectual es la competente para conocer la presente causa.

DÉCIMO: DETERMINACIÓN DE LOS PRESUNTOS INFRACTORES DEL COMETIMIENTO DE LA CONDUCTA DESLEAL.-

Esta Intendencia no identifica infractor a quien atribuirle los presuntos actos de confusión e imitación, por cuanto del análisis económico se identificó que el comportamiento del operador INDUSTRIAS ALES C.A., por su duración (tres meses), y determinado en el análisis de la cuantificación de los efectos reales o potenciales contenido en la presente resolución, no podría falsear el régimen de competencia, y afectar al interés general.

DÉCIMO PRIMERO: 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 de la Investigación N.º SCPM-INICPD-DNICPD-012-2022 de 01 de noviembre de 2022, ingresado con ID 256868, emitido por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

SEGUNDO.- Ordenar el archivo del expediente de investigación sustanciado en contra del operador económico INDUSTRIAS ALES C.A, pues no se ha encontrado mérito suficiente para



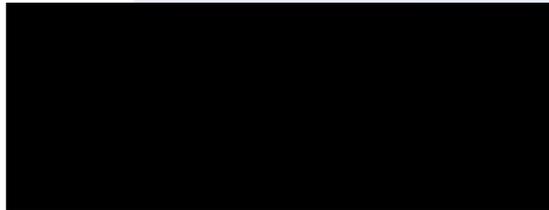
continuar de la instrucción del procedimiento por el cometimiento de las posibles prácticas desleales de confusión e imitación tipificadas en el artículo 27 numerales 1 y 3 letra b) de la LORCPM, al no demostrarse el falseamiento al régimen de competencia de conformidad con el artículo 26 de la LORCPM, en el mercado de margarinas comercializadas a nivel nacional.

TERCERO.- Conforme lo previsto en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se deja a salvo el derecho de impugnación que asiste a las partes procesales del presente expediente.

CUARTO. - 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.

QUINTO- En aplicación del artículo 26, inciso segundo 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 imitación provocados por INDUSTRIAS ALES C.A, con su envase “NATURELLA”, frente al envase de “BONELLA” (comparación A), propiedad de UPFIELD, trata de una controversia en materia de propiedad intelectual entre pares, remítase copia certificada, del expediente en su parte reservado al Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, para que actúe conforme sus competencias.

SEXTO. – Continúe actuando el abogado Eddy Ojeda Cueva como Secretario de Sustanciación, dentro de este expediente.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**



Abg. Carlos Andrés Álvarez Duque

**INTENDENTE NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS
DESLEALES**