

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado -SCPM-
- **Órgano de origen:** Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales -INICPD-
- **Expedientes de origen:** SCPM-IGT-INICPD-15-2021 / SCPM-IGT-INICPD-19-2022
- **Expediente Apelación:** SCPM-INJ-5-2023
- **Denunciante /
Apelante:** UPFIELD ECUADOR CIA. LTDA.
- **Denunciado:** INDUSTRIAS ALES C.A.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 17 de abril de 2023, a las 11h45.- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada consta agregada al expediente, el cual atiende el Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico UPFIELD ECUADOR CIA. LTDA., en contra de la Resolución de 12 de enero de 2023, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales -INICPD-, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-19-2022, la cual niega el recurso de reposición, ratificando la decisión de 15 de noviembre de 2022, expedida dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-015-2021; en uso de mis facultades legales, dispongo:

PRIMERO.- VALIDEZ PROCESAL.-

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

SEGUNDO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-

El operador económico UPFIELD ECUADOR CIA. LTDA., mediante escrito ingresado en la ventanilla de la Secretaría General esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado -SCPM-, el 10 de febrero de 2023 a las 17h07 con número de trámite ID. 265059, presentó recurso de apelación en contra de la Resolución de 12 de enero de 2023, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales -INICPD-, dentro del Expediente Administrativo signado con el número SCPM-IGT-INICPD-19-2022, la cual

resuelve negar el recurso de reposición presentado en contra de la Resolución de archivo de 15 de noviembre de 2022 dentro del Expediente Administrativo SCPM-INICAPMAPR-015-2021.

Mediante providencia de 17 de febrero de 2023 a las 16h40, una vez que fue debidamente verificado que la impugnación cumplió con los requisitos formales y sustanciales establecidos en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado [IGPA], como son el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación, se dispuso la admisión a trámite del recurso de apelación.

TERCERO.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-

El acto administrativo que se impugna es la Resolución de 12 de enero de 2023, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICP-19-2022, en la que se resolvió:

“[...] PRIMERO.- Negar el recurso de reposición presentado por el operador económico UPFIELD en contra de la resolución de 15 de noviembre de 2022, expedida dentro del expediente N.º SCPM-IGT-INICPD-015-2021; y, en consecuencia ratificar la resolución de marras [...]”

CUARTO.- PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECURRENTE.-

El operador económico UPFIELD ECUADOR CIA. LTDA., en el escrito que contiene el recurso de apelación, acápite III, solicita:

“[...] Uno) Se reconozca expresamente la conducta desleal de ALES respecto de TODOS los diseños de empaque analizados en el presente caso y se la sancione con la máxima multa permitida en la ley en atención a la potencialidad de la afectación general en el mercado, y, de insistir la Superintendencia en no considerar que existe la afectación general suficiente para sancionar a ALES, solicito EN SUBSIDIO:

Do) Se reconozca expresamente la conducta desleal de ALES respecto de TODOS los diseños de empaque analizados en el presente caso y se remita el expediente al Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI) tal como establece la norma y como fue solicitado oportunamente.”

Pretensión por medio de la cual el recurrente solicita se reconozca la conducta de actos de confusión e imitación tipificadas en los numerales 1 y 3 literal b) del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, presuntamente cometidos por el operador económico INDUSTRIAS ALES C.A. en contra de UPFIELD ECUADOR CIA. LTDA. -UPFIELD, en consecuencia, dejar sin efecto el acto administrativo contenido en la Resolución de 12 de enero de 2023, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales -INICPD-, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-19-2022, la cual resuelve negar el recurso de reposición presentado en contra

de la Resolución de archivo de 15 de noviembre de 2022 dentro del Expediente Administrativo SCPM-INICAPMAPR-015-2021.

En la forma de exposición del escrito que contiene el recurso de apelación que se atiende, el recurrente estructura su impugnación en la falta de aplicación de los numerales 1 y 3 literal b) del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, manifestando en el acápite II de su escrito que:

“[...] Seis) En el transcurso de la investigación del expediente trámite No. SCPM-IGT-INICPD-015-2021 la Superintendencia de Control del Poder de Mercado por medio de sus órganos competentes analizó los envases de los productos tanto de mi representada como de ALES enfocando su análisis acorde a su temporalidad en la comercialización de cada envase, de acuerdo a la fechas otorgadas por los operadores. [...]

*En el informe la Dirección identificó que ALES es una empresa grande con una trayectoria importante en el sector alimenticio, y “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**”.*

*Nueve) La Dirección también determinó que las conductas investigadas “**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**”.*

Diez) En la resolución de fecha 15 de noviembre del 2022, impugnada mediante recurso de reposición, al realizar la comparación de los envases A, la Intendencia cita los resultados de las encuestas realizadas dentro de la Investigación a los consumidores de margarinas a nivel nacional, donde se identificó que: El 84% de los encuestados, 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%)*

*Estos resultados llevaron a la 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.**”*

De esta manera la Intendencia concluyó al comparar los envases del literal A “los envases identificados (...) 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**”

Sin embargo, respecto a los diseños B, C y D la Intendencia concluyó que ALES realizó en cada envase cambios que permitieron distinguir su producto del de BONELLA, señalando “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””

La Dirección a su vez en su informe de resultados, al considerar que ALES realizó modificaciones a su envase (B, C, y D) no evidenció un riesgo potencial para el mercado. Estableciendo que “El cese de la conducta en un corto periodo 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”

Respecto a los actos de imitación, la Intendencia [sic], en la resolución del expediente SCPM-IGT-INICPD-015-2021 consideró sobre la comparación A, 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”. La Intendencia también alegó 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, la autoridad concluyó 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”.

Once) Por otro lado, al referirse a las comparaciones de los envases B, C, y D la Intendencia dentro de la resolución considera que las comparaciones guardan menor grado de semejanza en virtud de que ALES realizó “varias modificaciones” en la presentación de su producto, sin embargo, en este punto es fundamental recordar que

respecto a las comparaciones B, C y D en las encuestas realizadas dentro de la investigación arrojaron los siguientes resultados:

“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.”

Señor superintendente, no es posible que se pretenda MINIMIZAR porcentajes tan importantes de engaño entre los consumidores.

Claramente el diseño actual del empaque del producto NATURELLA continúa siendo problemático en el mercado ecuatoriano y causa un significativo engaño entre los consumidores. **Esto se agrava aún más considerando que no es más que una “nueva versión” de un diseño de empaque aún peor y de evidente malicia y deslealtad.**

La DNICPD en su informe de resultados señala que “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.”

Considerando que tanto la Dirección como la Intendencia soportan sus argumentos en comparar los empaques conforme se comercializaron en el mercado, en fechas otorgadas por los operadores, es importante resaltar que la siguiente fotografía fue tomada el 1 de septiembre del 2021, fecha que evidenciaría que el envase de la comparación A se continuaba comercializando aun después del 22 de agosto del 2021: [...]

Por lo tanto, la temporalidad no puede depender de las fechas señaladas ya que claramente los empaques continuaban en el mercado y ALES gozaba de una ventaja artificial al utilizar empaques que la autoridad ha reconocido como similares a los de mi representada.

Doce) Respecto a los cambios que ALES realizó a su empaque, la Intendencia [sic] afirma que el uso de fondo blanco y el sol no es suficiente para crear confusión, sin embargo, en las encuestas **el 36% y el 34%** señalaron que ambos productos pertenecían a la misma empresa, dichos porcentajes son SIGNIFICATIVOS Y NO

PUEDEN SER MINIMIZADOS POR LA AUTORIDAD, ¿acaso debemos tolerar que el 36% de los consumidores ecuatorianos sean engañados?

*Lo anterior es aún más **grave y evidente** si se considera que ningún otro empaque en el mercado nacional utiliza el fondo blanco detrás de letras azules y un sol como lo ha venido haciendo BONELLA desde el 2019, además de la similitud entre los nombres BONELLA y NATURELLA, la cual obviamente NO ES CASUAL.*

*En la resolución de fecha 12 de enero de 2023 la Intendencia manifestó “esta Intendencia considera que las etiquetas utilizadas en las comparaciones “B; C; y, D”, no evidencian la configuración de las prácticas de confusión e imitación”. Sin embargo, continúan minimizando el porcentaje de encuestados que sí consideran existe similitudes entre los empaques, B, C y D. **Señor Superintendente un porcentaje de más del 30% es significativo más aun cuando un operador pretende ingresar a un mercado utilizando la imitación como ventaja artificial.** [...]”*

*Los actos de confusión definidos en la LORCPM en su artículo 27 numeral 1 incluyen el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero. **En este caso como lo han demostrado las encuestas más del 30% de encuestados asociaron los envases de ALES con el envase de BONELLA, por lo tanto, se trata de un acto de confusión aun en las comparaciones B, C y D.***

[...] De esta manera en las comparaciones B, C y D considerando que el envase mantiene la esencia de BONELLA y sus elementos que la destacan, si configurase una imitación de acuerdo con la LORCPM.

Esta (sic) claro que ALES pretende con el esfuerzo ajeno atraer a los consumidores, evitando destacarse con un empaque original y distintivo, como es el del resto de competidores, sino utilizando elementos que caracterizan a BONELLA desde el año 2019, quien ha logrado de manera leal una posición en el mercado líder.

Ante estos hechos y a pesar de que la autoridad en su resolución reconoce el cometimiento de prácticas desleales, su decisión de negar el recurso de reposición y ratificar la resolución de marras pasa por alto tanto los resultados obtenidos en las encuestas que reflejan las percepciones actuales de los consumidores, las conclusiones de la propia autoridad y la normativa vigente. [...]”

QUINTO.- PROBLEMA JURÍDICO A TRATARSE.-

Conforme la exposición del operador económico UPFIELD ECUADOR CIA. LTDA., en el recurso de apelación interpuesto, se establece como problema jurídico a tratar: la existencia de mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento administrativo, a partir del análisis de la verdad procesal del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-19-2022,

referente a la impugnación horizontal de reposición y su alcance a la orden de archivo del procedimiento SCPM-IGT-INICPD-15-2021.

Para efectos del desarrollo en el tratamiento jurídico del caso que nos ocupa, se analizarán, conforme a los elementos de los expedientes, los argumentos de hecho y de derecho del acto administrativo impugnado, bajo los presuntos errores presentados por el recurrente como fundamento de la pretensión de “reconocer expresamente la conducta desleal del operador económico INDUSTRIAS ALES C.A. respecto de TODOS los diseños de empaque analizados en el presente caso y se la sancione en atención a la potencialidad de la afectación general en el mercado”.

SEXTO.- CONSTANCIA PROCESAL.-

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

a) Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-015-2021:

Las constancias procesales que se anotan son las que se consideran relevantes para el presente análisis, lo que no quiere decir que no se haya revisado el expediente administrativo en su integridad:

1. Escrito y anexos de 07 de septiembre de 2021 a las 16h13, número de trámite ID 206546, mediante los cuales el operador económico UPFIELD ECUADOR CIA. LTDA. -ULFIELD- presentó una denuncia en contra del operador económico INDUSTRIAS ALES C.A., por presuntas prácticas desleales, establecidas en los numerales 1 y 3 literal b del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado;
2. Providencia de 21 de septiembre de 2021, mediante la cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales –INICPD- se abrió el Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-15-2021 y requirió al denunciante aclarar y/o completar su denuncia de conformidad con literales c) y d) del artículo 54 de la LORCPM;
3. Escrito y anexos de 23 de septiembre de 2021 a las 16h58, número de trámite ID 208386, mediante los cuales el operador económico UPFIELD ECUADOR CIA. LTDA., aclaró y completó la denuncia conforme lo dispuesto en providencia de 21 de septiembre de 2021; indicando que, las conductas denunciadas corresponderían a las determinadas en los numerales 1 y 3 literal b del artículo 27 de la LORCPM;
4. Providencia de 27 de septiembre de 2021, mediante la cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales avocó conocimiento y corrió traslado con la denuncia al operador económico INDUSTRIAS ALES C.A. a fin de que presente sus explicaciones;

5. Escrito y anexos de 18 de octubre de 2021 a las 15h17, número de trámite ID 210661, mediante los cuales el operador económico INDUSTRIAS ALES C.A., presentó las explicaciones requeridas en providencia de 27 de septiembre de 2021;
6. Providencia de 08 de noviembre de 2021, número de trámite ID 214597, mediante la cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales resolvió ordenar el inicio de una investigación dentro del expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-015-2021, en contra del operador económico INDUSTRIAS ALES C.A.;
7. Informe de Resultados de la Investigación No. SCPM-INICPD-DNICPD-012-2022, emitido por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, el 01 de noviembre de 2022 dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-015-2021;
8. Resolución de 15 de noviembre de 2022, mediante la cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales resolvió el archivo de la investigación del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-015-2022 por no encontrar mérito suficiente para continuar de la instrucción del procedimiento; y,
9. Escrito y anexos de 13 de diciembre de 2022, número de trámite ID 260298, mediante los cuales el operador económico UPFIELD ECUADOR CIA. LTDA. presentó recurso de reposición en contra de la Resolución de 15 de noviembre de 2022 emitida dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-015-2021.

b) Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-019-2022:

Las actuaciones relevantes dentro del expediente que atendió el recurso de reposición presentado, sin que esto implique la falta de revisión de la totalidad del expediente administrativo:

1. Providencia de 15 de diciembre de 2022, mediante la cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales avocó conocimiento del recurso de reposición presentado y corrió traslado al operador económico INDUSTRIAS ALES C.A.; a fin de que presente sus argumentaciones;
2. Escrito de 20 de diciembre de 2022 a las 16h45, número de trámite ID 260851, mediante el cual el operador económico INDUSTRIAS ALES C.A.; presentó las argumentaciones requeridas en providencia de 15 de diciembre de 2022; y,
3. Resolución de 12 de enero de 2023, mediante la cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales resolvió negar el recurso de reposición presentado en contra de la Resolución de 15 de noviembre de 2022, presentado por el operador económico UPFIELD ECUADOR CIA. LTDA.

c) Expediente Administrativo SCPM-INJ-5-2023:

En la sustanciación del expediente que atiende el recurso de apelación, se hacen constar las actuaciones relevantes:

1. Memorando SCPM-IGT-INICPD-2023-016 de 13 de febrero de 2023, mediante el cual la INICPD pone en conocimiento del señor Superintendente de Control del Poder de Mercado, el contenido de la providencia de 13 de febrero de 2023, emitida dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-19-2022, y traslada el Recurso de Apelación presentado por el operador económico UPFIELD ECUADOR CIA. LTDA.;
2. Providencia de 17 de febrero de 2023 a las 16h40, mediante la cual esta autoridad avocó conocimiento, admitió a trámite el Recurso de Apelación y dispuso entre otros, correr traslado con el recurso al operador económico INDUSTRIAS ALES C.A.;
3. Escrito presentado por el operador económico INDUSTRIAS ALES C.A., el 24 de febrero de 2023 a las 16h03, número de trámite ID 265949, mediante el cual presentó sus alegaciones respecto del recurso de apelación;
4. Escrito presentado por el operador económico INDUSTRIAS ALES C.A., el 27 de marzo de 2023 a las 12h41, número de trámite ID 268330, mediante el cual legitimó su comparecencia;
5. Providencia de 05 de abril de 2023, a las 16h30, mediante la cual esta autoridad dispuso al operador económico UPFIELD ECUADOR CIA. LTDA., legitimar su intervención;

SÉPTIMO.- MARCO NORMATIVO APLICABLE.-

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

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

“Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”; “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] d) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su

aplicación a los antecedentes de hecho [...] m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”; “Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”; “Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”; “Art. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. [...]”; “Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley [...]”; “Art. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos: 1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. [...]; 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.”; “Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos. El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.”; “Art. 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley”.

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

“Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”; “Art. 2.- 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 [...]”; “**Art. 3.-** Primacía de la realidad. - Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos. La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico”; “**Art. 25.-** Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras. Para la definición de usos honestos se estará a los criterios del comercio nacional; no obstante, cuando se trate de actos o prácticas realizados en el contexto de operaciones internacionales, o que tengan puntos de conexión con más de un país, se atenderá a los criterios que sobre usos honestos prevalezcan en el comercio internacional. La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización, sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley. Las sanciones impuestas a los infractores de la presente ley no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios que corresponda de conformidad con las normas del derecho común, así como la imposición de sanciones de índole penal, en caso de constituir delitos. Se aplicará las sanciones previstas en esta ley, siempre que la práctica no esté tipificada como infracción administrativa con una sanción mayor en otra norma legal, sin perjuicio de otras medidas que se puedan tomar para prevenir o impedir que las prácticas afecten a la competencia. La protesta social legítima, en el ámbito exclusivo de esta Ley, no será, en ningún caso considerada como boicot.”; “**Art. 26.-** Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios”; “**Art. 27.-** Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: 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. [...] 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 [...]”; **“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”; **“Art. 66.- Recurso de Reposición.-** Los actos administrativos de los diferentes niveles administrativos de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado podrán ser recurridos en sede administrativa mediante el recurso ordinario y horizontal de reposición. El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de su notificación. Transcurrido el término de 20 días sin haberse interpuesto el recurso de reposición ni el de apelación, la resolución causará estado y se agotará la vía administrativa, quedando solo la vía judicial. El recurso se concederá solo en el efecto devolutivo. El plazo máximo para tramitar, dictar y notificar la resolución será de 60 días calendario.”; **“Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.-** Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición [...]”; **“DISPOSICIONES GENERALES. Primera. - Jerarquía. -** [...] En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables.”

El Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado -RLORCPM, señala:

“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.”; **“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. De determinar que no existen indicios del cometimiento de las prácticas denunciadas, la Superintendencia sin más trámite dispondrá el archivo de la denuncia. De determinar que existen indicios del cometimiento de las prácticas

*denunciadas y que tales prácticas podrían producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores o usuarios, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado iniciará un procedimiento de investigación de conformidad con las disposiciones constantes en el artículo 56 de la Ley y en los artículos 62 a 67 de este Reglamento. Concluida la investigación, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado continuará con el procedimiento y resolverá según lo establecido en los artículos 58 a 61 de la Ley y 68 a 72 de este Reglamento.”; “**Art. 63.-** 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 denunciantes, ordenará el archivo de la denuncia.”.*

OCTAVO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA APELACIÓN.-

Partiremos indicando que, conforme lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador¹ -CRE-, las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) establece para el régimen de competencia ecuatoriano, en la parte pertinente:

“El objeto de la presente Ley es [...] la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”²

Es así como, por mandato expreso de la LORCPM se crea la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como un organismo técnico de control, entre cuyas potestades legales consta la de sustanciar procedimientos administrativos -entre otros- para la investigación y de ser el caso sanción de conductas (contrarias a los usos o costumbres honestos en el desarrollo

¹ CRE. - “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. [...]”

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

de actividades económicas) desleales, acorde los presupuestos normativos de tipo de la infracción previstos en la LORCPM.

Como se puede observar, el objeto de la LORCPM es el de salvaguardar la efectiva competencia en el mercado, mediante la prevención y prohibición de conductas anticompetitivas, entre ellas, la competencia desleal.

Más adelante, la LORCPM establece en su ámbito de aplicación y protección que todos los operadores económicos se encuentran sometidos a lo dispuesto en esta Ley, **siempre que de sus conductas se produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional**, conforme se indica a continuación:

“Art. 2.- Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.” (Énfasis añadido)

Ateniendo al objeto y ámbito de aplicación de la LORCPM por los cuales la SCPM debe salvaguardar la efectiva competencia en el mercado, como ya se ha señalado, en la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales; en concordancia con la sección III del RLORCPM, en la que consta el presupuesto de que la Superintendencia deberá verificar “[...] que existen indicios del cometimiento de las prácticas denunciadas y que tales prácticas podrían producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores o usuarios [...]”³, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos e iniciar el procedimiento de investigación de conformidad con las disposiciones del artículo 56 de la LORCPM y de los artículos 62 a 67 de su Reglamento; o, en su defecto, “De determinar que no existen indicios del cometimiento de las prácticas denunciadas, la Superintendencia sin más trámite dispondrá el archivo de la

³ RLORCPM.- “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. De determinar que no existen indicios del cometimiento de las prácticas denunciadas, la Superintendencia sin más trámite dispondrá el archivo de la denuncia. De determinar que existen indicios del cometimiento de las prácticas denunciadas y que tales prácticas podrían producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores o usuarios, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado iniciará un procedimiento de investigación de conformidad con las disposiciones constantes en el artículo 56 de la Ley y en los artículos 62 a 67 de este Reglamento. Concluida la investigación, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado continuará con el procedimiento y resolverá según lo establecido en los artículos 58 a 61 de la Ley y 68 a 72 de este Reglamento.”

denuncia.”. La Superintendencia analizará el comportamiento caso por caso; este será el parámetro de observancia como eje transversal de la revisión de la fundamentación recogida en el acto administrativo impugnado, para la atención y resolución de la apelación.

Con miras a ello, aun siendo que el marco conceptual, normativo y teórico de lo que se constituye como una práctica desleal no está en discusión, se deja expresado su alcance y naturaleza conforme lo manda la LORCPM.

El artículo 25 de la LORCPM incluye la cláusula general de competencia desleal. Dicho artículo, en su parte pertinente indica:

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

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

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

Este artículo establece como un primer requisito para la calificación de una conducta como desleal, que el acto sea contrario a los usos o costumbres honestos, es decir que, los actos realizados por los operadores económicos sean objetivamente contrarios a lo que se espera de ellos en su actuar en el mercado.

Como un segundo requisito contenido en el mismo artículo, se encuentra la necesidad de que el acto objeto de análisis tenga lugar en el desarrollo de una o varias actividades económicas. Actividades entendidas de manera amplia que, en concordancia con el principio de primacía de la realidad, incluyen actividades del tipo comercial, profesional, de servicios, entre otras.

Continuando con esa línea, el artículo 26 de la LORCPM, en su parte pertinente, establece como parámetro de sancionabilidad de una conducta desleal:

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

Podemos concluir, entonces, que para que una conducta desleal pueda ser objeto de prohibición y sanción legal, la Superintendencia mediante su órgano de sustanciación, en el trámite de su investigación deberá necesariamente determinar:

1. La existencia de una conducta que, sin importar su expresión o forma, resulte contraria a las costumbres o usos honestos;
2. La conducta sea realizada en el desarrollo de actividades económicas; y,
3. Que el acto tenga efectos reales o potenciales respecto del orden público económico, es decir, pueda impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

En este orden de ideas, es necesario comprender que los tres elementos que anteceden no tienen un orden subsidiario, sino, es indispensable que se cumpla con todos y cada uno de ellos a fin de que la conducta desleal pueda ser investigada; y, de ser el caso, sancionada.

De esta manera, el análisis de las conductas contenidas en los artículos 25 y 27 de la LORCPM, debe ser necesariamente concatenado con los parámetros de cualificación contenidos en el artículo 26, evidentemente bajo el principio de primacía de la realidad del artículo 3 de la Ley.

Finalmente, con respecto a las conductas investigadas, materia de este análisis, mediante una categorización no taxativa, la LORCPM individualiza a las prácticas desleales en:

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

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 [...]

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.”

En medida de lo expuesto, encontraremos que las conductas denunciadas y materia de esta apelación, se constituyen en los actos de confusión y actos de imitación presuntamente cometidos por el agente económico INDUSTRIAS ALES C.A., de los que –conforme expone el recurso de apelación- existe subsunción para fines de sanción por “*la potencialidad de la afectación al mercado general*” que conlleva consigo esa conducta.

Ahora bien, existiendo claridad en los parámetros normativos que deben coexistir para catalogar como desleal bajo la LORCPM una conducta, se procede a revisar la verdad procesal de los expedientes administrativos, con fines de ubicar la subsunción normativa de la conducta del agente económico INDUSTRIAS ALES C.A.

Para fines de contexto, y siendo que el acto administrativo sobre el que se apeló es la Resolución de 12 de enero de 2023 emitida dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-19-2022, de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, que precisa:

“[...] la INICPD en el caso de investigación N° SCPM-IGT-INICPD-015-2021, analizó si las prácticas desleales investigadas potencialmente generarían un falseamiento al régimen de competencia.

*A tal efecto, en un primer momento, el Informe de Resultados N.º SCPM-INICPD-DNICPD-012-2022 hizo hincapié en analizar **los efectos reales al mercado relevante** de margarinas durante el período de junio a agosto de 2021, atribuida a la concurrencia del operador económico INDUSTRIAS ALES C.A., con su producto “Naturella”, **para proseguir con el análisis de una afectación potencial al mercado relevante.***

*Al respecto, la INICPD formó su criterio sobre **la no existencia de potencialidad** de las prácticas desleales investigadas en el expediente N.º SCPM-IGT-INICPD-015-2021, **debido a que la etiqueta considerada infractora salió del mercado, y en este sentido, las prácticas desleales asociadas a este producto, no podrían generar algún efecto nocivo en el mercado o representar un riesgo potencial.***

De manera adicional, la tendencia de las tasas de crecimiento mensual de las ventas del producto “Naturella” corroboraron la eliminación de un riesgo potencial al mercado, así, una vez que la etiqueta considerada como infractora salió del mercado, las tasas de crecimiento de “Naturella” reflejan una tendencia similar a otros operadores en el mercado [...]

En este sentido, en el caso hipotético que el empaque utilizado por “Naturella”, de manera posterior a la temporalidad determinada en esta investigación, continuase incurriendo en casos de confusión e imitación, la participación alcanzada por esta marca en el mercado relevante de margarinas no evidencia que las prácticas investigadas hayan alcanzado su objetivo en el mercado, pues [...] “Naturella” alcanzó, hasta mayo de 2022, una participación máxima de 5%, la cual, no tendrían la capacidad de afectar el régimen de competencia del mercado relevante de manera real o potencial.

Además, al concluir que se descartó la posibilidad de elementos de convicción de actos de confusión e imitación (letra b) de los envases B, C, y D, conforme fue abordado por la Intendencia en su resolución de archivo de 15 de noviembre de 2022 [...] ratifica el criterio de que no hay elementos de conductas desleales de dichos envases, así como tampoco se puede determinar efecto alguno, sea este real o potencial.

En virtud de lo referido en la presente resolución, esta Intendencia concluye que, no existen elementos razonables que motiven que esta Intendencia cambie su decisión de archivo de 15 de noviembre de 2022 expedida dentro del expediente N.º SCPM-IGT-INICPD-015-2021.”

Por lo que se resolvió:

“PRIMERO.- Negar el recurso de reposición presentado por el operador económico UPFIELD en contra de la resolución de 15 de noviembre de 2022, expedida dentro del expediente N.º SCPM-IGT-INICPD-015-2021; y, en consecuencia ratificar la resolución de marras [...]

De la revisión de la exposición de motivos del acto administrativo que antecede, podremos encontrar que la fundamentación impugnatoria de la reposición, mantiene o concuerda con la fundamentación de la apelación, esto es, en cuanto a la valoración de la conducta desde su aspecto potencial, y la afectación de todos los productos (envases A, B, C y D) sujetos a análisis dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-015-2021. Dicha fundamentación, si bien ataca el proceso lógico de la exposición de motivos del acto administrativo que niega la reposición, por “minimizar” los resultados porcentuales de las encuestas diligenciadas en la INICPD, no ofrece elementos de valoración adicionales a los analizados por la INICPD, haciendo –en un inicio- que la referida Resolución de 12 de enero de 2023 emitida dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-19-2022, como acto administrativo impugnado, no tenga un planteamiento de reconsideración actual de fondo, sino más bien –en un segundo momento- buscando la revisión de la Resolución de 15 de noviembre de 2022 por la que se archivó el expediente principal.

Esta observación resulta importante efectuarla, toda vez que el escrito que contiene el recurso de apelación que se atiende, y en cuidado al problema jurídico a tratarse, la impugnación será atendida con base en los presupuestos planteados por el apelante observando el cumplimiento de parámetros técnicos y legales ceñidos al pronunciamiento de la INICPD, a fin de resolver sobre la validez del acto administrativo recurrido, y revisar si la resolución de archivo mantiene o no sustento.

En el recurso de apelación el impugnante manifiesta que la Resolución de 12 de enero de 2023 emitida por la INICPD, debe ser dejada sin efecto debido a que, se encuentran configurados los tipos previstos en los numerales 1 y 3 literal b) del artículo 27 de la LORCPM por: **a)** resultar contraria a las costumbres o usos honestos; **b)** resultar de la actividad económica del operador económico INDUSTRIAS ALES C.A.; y, **c)** tener *“potencialidad de la afectación general en el mercado”*. Cuestión última que –a decir del recurrente- no ha sido revisada por la administración al pasar por alto (minimizar) los resultados obtenidos en las encuestas practicadas durante el procedimiento administrativo, mismas que, reflejando las percepciones actuales de los consumidores, y que condujeron a las conclusiones de la propia INICPD a determinar la deslealtad del operador económico INDUSTRIAS ALES C.A., en el uso de los envases A, B, C y D, serían contrarias a la orden de archivo del procedimiento.

En esa línea, el recurrente argumenta su pretensión de que se reconozca de manera expresa como desleal la conducta del operador económico INDUSTRIAS ALES C.A., de todos los envases analizados en atención a la potencialidad de afectación general en el mercado, en los siguientes puntos:

1. Se comete la conducta del numeral 1 del artículo 27 de la LORCPM, al cumplirse los requisitos necesarios para configurarse el comportamiento antijurídico analizado, toda vez que, en la comparación de los envases del literal A, existen elementos de convicción respecto de los actos de confusión; y, en la comparación de los envases en los literales B, C y D, más del 30% de los encuestados identificarían que los productos “naturella” y “bonella” pertenecerían a la misma empresa; y,
2. Existe configuración de la conducta prescrita en el numeral 3, literal b) del artículo 27 de la LORCPM, por cuanto, el producto “naturella” comercializado por INDUSTRIAS ALES C.A., en cualquiera de sus cuatro (4) variaciones, es idóneo (potencialidad) para generar confusión por parte de los consumidores, así, aprovechándose indebidamente de la reputación y el esfuerzo del operador económico UPFIELD.

Por contra partida, el escrito de contestación a la apelación presentado por el operador económico denunciado, INDUSTRIAS ALES C.A., de 24 de febrero a las 16h03, refiere:

“[...] 2.3. La disputa corresponde a la esfera de la propiedad intelectual entre pares, sin una afectación al interés general

En el expediente de la referencia y en el expediente SCPM-IGT-INICPD-19-2022 se ha demostrado fehacientemente que no se ha configurado ninguna afectación al interés general y, en consecuencia, ninguna afectación al régimen de competencia. Por tanto,

en el supuesto no consentido de que existiere confusión entre los productos, la similitud y riesgo de confusión es de competencia exclusiva de la Autoridad especializada en propiedad intelectual, esto es el SENADI, entidad ante quien efectivamente se están ventilando oposiciones interpuestas por Upfield contra las solicitudes de registro ingresadas previo al lanzamiento de Naturella.

[...]

En concordancia, en el Informe de Resultados de 1 de noviembre de 2022, la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (DNICPD), concluyó lo siguiente:

“(...) del análisis económico se descartó que el comportamiento del operador INDUSTRIALES ALES C.A., haya logrado generar un falseamiento al régimen de competencia.” (Énfasis añadido)

La INICPD en la resolución de archivo de 15 de noviembre de 2022, ha ratificado el criterio antes mencionado y ha determinado que no encuentra elementos de competencia desleal y, además, que el presente caso versa sobre una controversia en materia de propiedad intelectual por lo que remite el expediente al SENADI. En concreto, la INICPD afirma:

“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”.

Resulta relevante destacar que es la propia INICPD la que reconoce que no tiene competencia para conocer el expediente de la referencia y que la entidad competente es el SENADI. Desde un inicio en el presente expediente se consideró que no existe conductas de competencia desleal, ***dado que el ingreso en el mercado y la participación de NATURELLA no supera ni el 1%⁴ y, por tanto, no ha tenido lugar ninguna afectación al interés general.*** Por tanto, el presente recurso carece de sustento jurídico, en el entendido de que un operador económico únicamente incurrirá en actos de competencia desleal cuando exista una afectación al interés general, mismo que en el presente caso ***es inconsecuente con la realidad del mercado y la participación dominante de Upfield en el segmento.***”

[...]

⁴ Ver el Informe de Resultados No. SCPINICPD-DNICPD-012-2022 preparado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

En virtud de lo anterior, la INICPD resolvió el archivo del expediente de investigación 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” (énfasis añadido).”

8.1.- ANÁLISIS.-

8.1.1.- DE LOS ACTOS DE CONFUSIÓN E IMITACIÓN.-

El Informe de Resultados de la Investigación No. SCPM-INICPD-DNICPD-012-2022 de 01 de noviembre de 2022, emitido dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-015-2021, por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, en relación a los **actos de confusión**, indica:

“Una vez examinado los elementos que componen los empaques de “BONELLA” y “NATURELLA” [...] esta Dirección identificó que los envases guardan un alto porcentaje de similitud, en específico, en los elementos gráficos; colores; dimensión; posición; y, contenido.

[...] los envases de “BONELLA” y “NATURELLA”, comparten significativamente, la posición - dimensión – gráficos,

[...] los elementos ut supra, ocupan un nivel de importancia significativo en las envases y etiquetas de los productos, por lo cual, el comportamiento de ALES, podría crear confusión en los consumidores, respecto del origen empresarial de “NATURELLA”.

[...] esta Dirección de la diligencia de encuestas identificó que, el 84% de la muestra, coligieron que los empaques son similares,

[...] el empaque (A) del operador investigado, presenta un alto porcentaje de semejanzas con el empaque (A) de la empresa UPFIELD

[...] respecto de los empaques B; C; y, D [...] no guardan mayor semejanza o en menor grado de la presentación de “BONELLA”.

[...] 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.

Respecto de los actos de confusión, de los empaques “A” de los productos “BONELLA” y “NATURELLA”, esta Dirección [...] 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 de 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.”

El recurso de apelación presentado por el operador económico UPFIELD ECUADOR CIA. LTDA., en relación a los actos de confusión, recoge que dentro de la comparación en los envases del literal A, existirían elementos de convicción de la conducta, toda vez que los envases podrían generar la idea de que el producto “naturella” podría tratarse del producto “bonella”, propiedad de UPFIELD ECUADOR CIA LTDA, siendo el agente INDUSTRIAS ALES C.A., capaz de haber generado con su conducta afectación potencial al mercado relevante de margarinas; y, respecto de la comparación en los envases de los literales B, C y D, se configuraría la conducta anticompetitiva, en virtud de que, atadas a la generalidad de la conducta, se mantienen porcentajes [34-36%] altos en el que los consumidores identificarían a ambos productos como de una misma empresa, nuevamente siendo factible la afectación general en el mercado.

En ambos casos, según se colige de su fundamentación, se cumplen los dos parámetros de una práctica desleal de la siguiente manera: **a)** calificación: **a1)** resultar contraria a las costumbres o usos honestos; **a2)** resultar de la actividad económica del operador económico INDUSTRIAS ALES C.A.; y, **b)** cualificación: por tener “*potencialidad de la afectación general en el mercado*” reflejada en la percepción del consumidor (30% +) respecto de los envases sometidos a encuesta.

Ahora bien, en relación a los **actos de imitación**, la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, en el Informe de Resultados de la Investigación No. SCPM-INICPD-DNICPD-012-2022 de 01 de noviembre de 2022, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-015-2021, manifiesta:

“[...] esta Dirección considera que la imitación de una iniciativa empresarial, no se limita únicamente a una infracción de índole intelectual, en virtud de que para determinar la deslealtad de esta conducta, como requisito sine qua nom [sic], se debe

verificar la existencia o no del riesgo de confusión directo o indirecto por parte de los consumidores; o cuando la imitación es sistemática, en tanto que se evidenciaría el aprovechamiento del esfuerzo y los gastos en innovación que incurre el competidor afectado.

[...] resulta importante poner en conocimiento del operador que, el análisis por prácticas desleales, específicamente por actos de confusión, no ciñe su examen al reconocimiento de derechos de propiedad intelectual de uno u otro operador, por el contrario, la investigación tiene como objeto, identificar si los elementos utilizados por ALES, tendrían la capacidad de crear confusión en los consumidores, respecto de la procedencia empresarial de los productos, y si este comportamiento, tiene la capacidad de impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

[...] 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 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 [...]

Adicional a las consideraciones planteadas previamente, el recurrente refiere, sobre los actos de imitación, que, en el caso en particular, y de acuerdo con la normativa, la imitación recaería sobre la presentación visual, por lo que en las comparaciones B, C y D, al mantenerse la esencia del producto “bonella” y los elementos que lo destacan, se configuraría la conducta anticompetitiva desleal de imitación; menciona el recurrente que:

*“[...] al referirse a las comparaciones de los envases B, C y D la Intendencia dentro de la resolución considera que las comparaciones guardan menor grado de semejanza, sin embargo [...] no es posible que se pretenda MINIMIZAR porcentajes [34 - 36%] tan importantes de engaño entre los consumidores [...] **en las comparaciones B, C y D considerando que el envase mantiene la esencia de BONELLA y sus elementos que la destacan, si configurase una imitación de acuerdo con la LORCPM [...] ALES pretende con el esfuerzo ajeno atraer a los consumidores, evitando destacarse con un***

empaques original y distintivo, como es el del resto de competidos, sino utilizando elementos que caracterizan a BONELLA desde el año 2019, quien ha logrado de manera leal una posición en el mercado líder.

[...]

*En la resolución de fecha 12 de enero de 2023 la Intendencia manifestó “esta Intendencia considera que las etiquetas utilizadas en las comparaciones “B; C; y, D”, no evidencian la configuración de las prácticas de confusión e imitación”. Sin embargo, continúan minimizando el porcentaje de encuestados que sí consideran existe similitudes entre los empaques, B, C y D. Señor Superintendente **un porcentaje de más del 30% es significativo más aun cuando un operador pretende ingresar a un mercado utilizando la imitación como ventaja artificial [...]**”*

En ambos casos, referente a las conductas -recordando que no se encuentra en impugnación la definición o la naturaleza de lo que constituye una práctica desleal en la naturaleza de actos de confusión e imitación- el marco teórico plasmado en los Expedientes Administrativos SCPM-IGT-INICPD-015-2021 y SCPM-IGT-INICPD-19-2022 es respaldado por esta autoridad, y constituirá el parámetro de revisión del presunto **cumplimiento** (subsunción) indicado por el recurrente.

Así mismo, siendo que el apelante no ataca la **calificación** como desleal de los actos del operador económico INDUSTRIAS ALES C.A., propuesta por la INICPD, sino que impugna su **cualificación** por **afectación potencial al mercado relevante desde la óptica de los consumidores**, no se ahondará en la constatación de los elementos identificados por la administración y el administrado respecto de la calificación conductual, sino meramente en cuanto a su cualificación.

Por lo que, a modo de conclusión previa, y ratificando lo indicado hasta ahora, la fundamentación impugnatoria reside en el cumplimiento de la aptitud que tuvo la conducta de INDUSTRIAS ALES C.A., de afectar de manera general al mercado relevante de margarinas por efectos potenciales, por la percepción de los consumidores encuestados respecto de los envases analizados.

8.1.2.- DE LA CONFIGURACIÓN DE LA CONDUCTA.-

La Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales en el Informe de Resultados de la Investigación de 01 de noviembre de 2022, en relación a la configuración de la conducta investigada, misma que se presenta a modo de conclusión, indica:

“[...] 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

[...] 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**

[...] 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**; 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

[...] 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**

[...] 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

[...] la DNICPD cuantificó el alcance de las prácticas desleales investigadas [...] **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) [...]

En ese sentido [...] 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.**

[...] 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.

[...] del análisis económico y jurídico, se identificó que **si bien se demostraron los elementos de convicción de las conductas desleales de confusión e imitación** por parte del operador ALES, dentro del mercado relevante y conforme la temporalidad de las conductas **no se evidencia que como consecuencia de dichas conductas el operador haya logrado, real o potencialmente, falsear el régimen de competencia del mercado de margarinas [...]**” (énfasis añadido)

En ese sentido, reiterando que conforme lo resuelto en la sección inmediata anterior y la normativa identificada *ut supra*, la configuración de la conducta no se limita únicamente a la realización del acto, sino que debe necesariamente existir una afectación al bienestar general, a través de impedir, restringir, falsear o distorsionar el mercado, la configuración conductual (calificación y cualificación) tiene un parámetro normativo:

El artículo 1 de la LORCPM en concordancia con el artículo 4 del RLORCPM, establecen el criterio general de evaluación que debe tener la Superintendencia para determinar el carácter restrictivo de las conductas, “**evaluando si tales conductas y actuaciones tienen por objeto actual o potencial el impedir restringir falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios**”. Recordando que para que se configure una conducta anticompetitiva a la luz de la LORCPM, esta requiere que como resultado de esta práctica se impida, restrinja, falsee, distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. En tal sentido, para que la conducta sea sancionable no basta con la simple existencia de una conducta desleal (calificación), sino que ésta deber tener la aptitud (cualificación) de tener por efecto real o potencial una afectación al mercado, bienestar general o consumidores.

En búsqueda de analizar el referido cumplimiento en la conducta en análisis, revisaremos que el recurso de apelación, en cuanto a las conductas denunciadas e investigadas por la INICPD, encuadra como presunto yerro de aplicación normativo con alcance a la voluntad administrativa de archivo, los siguientes puntos, por conducta:

Actos de confusión, numeral 1 del artículo 27 de la LORCPM:

A criterio del recurrente, existe subsunción conductual por:

- a)** El grado de potencialidad de afectación del agente económico INDUSTRIAS ALES C.A. por su posición de mercado; **b)** La capacidad de falseamiento al régimen de competencia por las acciones del denunciado; **c)** Los altos porcentajes de similitud (30%+) de productos según las encuestas, con resultado en confusión de la procedencia empresarial del producto “naturella”; **d)** La existencia de elementos de convicción del cometimiento de la conducta; y, **e)** La potencialidad no sancionada de la conducta de INDUSTRIAS ALES C.A.

Actos de imitación, numeral 3, literal b) el artículo 27 de la LORCPM:

A criterio del apelante, se incurre en la conducta por:

a) Uso de similar esquema visual y elementos de coincidencia de productos “naturella” y “bonella”; **b)** Minimización de los resultados de las encuestas de comparación de envases para evaluación de potencialidad; **c)** Continuación de comercialización del producto del operador INDUSTRIAS ALES C.A., fuera de la delimitación temporal identificada por la INICPD; **d)** Ventaja artificial del denunciado, INDUSTRIAS ALES C.A., por comercialización de productos sin cambios significativos en la presentación visual de los comparados; y, **e)** Coincidencia no casual de nombres de los productos comparados.

Ahora bien, en ambos casos el recurrente –de manera correcta- expone la existencia de una correspondencia de conductas una de otra, en cuanto a que los actos de imitación sobre los envases de los productos denunciados serían la forma de generar confusión en el mercado, y por ende producir los efectos al régimen de competencia; al respecto, la INICPD sostiene referida postura, en cuanto a que mantienen una estrecha relación dado que las conductas de confusión se configuran cuando la imitación resulta idónea para ocasionar error en los consumidores, respecto de la procedencia empresarial, o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.

Lo anterior tiene importancia para la evaluación del recurso por cuanto permitirá encontrar aquellos fundamentos impugnatorios que guarden correspondencia entre sí y tratarlos de manera aunada, en palabras del apelante: la cualificación de la conducta por *“la potencialidad de la afectación al mercado general”*, no analizada por la INICPD, dado que *“[...] pasa por alto tanto los resultados obtenidos en las encuestas que reflejan las percepciones actuales de los consumidores, las conclusiones de la propia autoridad y la normativa vigente [...]”*, y es por ello que, la orden de archivo sería errónea, dada la existencia de una conducta desleal con efectos potenciales de todos los diseños de empaque analizados por la administración.

Siendo esa la perspectiva de la apelación que se atiende, esta autoridad puede observar de la verdad procesal de los expedientes administrativos en análisis, que la INICPD hizo una separación en el estudio e investigación de las conductas denunciadas en los 2 escenarios que la LORCPM demanda cumplimiento de subsunción.

Es decir, ateniendo al objeto y ámbito de aplicación de la LORCPM, por los cuales la SCPM debe salvaguardar la efectiva competencia en el mercado, mediante la prevención y prohibición de conductas anticompetitivas, efectuadas por operadores económicos que produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional; en concordancia con el criterio general de evaluación de las conductas contenido en el artículo 4 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –RLORCPM-, los actos de competencia desleal regulados en los artículos 25, 26, 27 de la LORCPM, más allá de contar con el requisito de calificación de “desleal” (acto contrario a los usos o costumbres honestos), deben encontrarse cualificados para que resulten reprochables por la normativa, es decir, deben tener la aptitud para impedir, restringir, falsear

o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

En esa perspectiva de trato del derecho de competencia desleal, sabiéndose que la conducta debe contraer la aptitud de distorsionar el mercado, es decir, que sea determinable a partir de ella, si impide, restringe, falsea o distorsiona el orden público en el mercado relevante que para cada caso sea definido, se encontrará que: **a)** resulta deshonesto el uso de signos distintivos, medios de identificación, estructura semántica o características de un producto de un tercero, si los consumidores lo identifican o asocian con el producto de quien lo oferta, en virtud de que los consumidores forman su decisión de compra, asociando el producto con un origen empresarial diferente; y, será sancionable si, **b)** la conducta impide, restringe, falsea o distorsiona los bienes jurídicos: competencia, eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

En la línea con lo anterior, se encuentra:

a) Del primer parámetro: deslealtad de la conducta.-

- a1)** INDUSTRIAS ALES C.A., utilizó, en un alto porcentaje de similitud, en la presentación de su producto “naturella”, elementos gráficos, colores, presentación, dimensión, contenido y ubicación que UPFIELD ECUADOR CIA. LTDA ocupa en el empaque del producto “bonella”;
- a2)** Existía potencialidad del comportamiento de INDUSTRIAS ALES C.A., de que cree confusión en los consumidores respecto del origen empresarial de su producto, no permitiéndoles optar por el producto deseado sino por el que asimilan lo es, y en consecuencia afectaría potencialmente a la libertad de elección de los consumidores; y,
- a3)** De la identificación de las características del público objetivo por las prácticas desleales, los actos de confusión e imitación cometidos por el operador económico INDUSTRIAS ALES C.A., podrían haber afectado el régimen de competencia del mercado de las margarinas: **i.** Por riesgo de asociación por parte de los consumidores (dar identidad y/o asociar con el producto “bonella” de UPFIELD); **ii.** Por limitar la libertad de elección de los consumidores, toda vez que –de la verdad procesal del expediente administrativo- el 40% de consumidores asociaron los elementos visibles del empaque de “naturella” con los utilizados por la marca “bonella”, y el 88% de los encuestados consideraron que los empaques de estos dos productos presentaban similitudes; y, **iii.** Por mermar la igualdad de condiciones de los operadores económicos que participan en el mercado relevante de margarinas.

b) Del segundo parámetro: cualificación de la actuación.-

- b1)** Durante el período infractor comprendido de junio a agosto de 2021, las unidades comercializadas del “naturella” representó el 0,11% de las unidades de margarina

vendidas del sector, haciendo que el nivel de ventas alcanzado no haya tenido -y no pueda tener- la capacidad de afectación al régimen de competencia del mercado de margarinas;

- b2) La participación del operador económico INDUSTRIAS ALES C.A., en el mercado relevante de margarina (inferior al 1%) durante la temporalidad de la práctica, no permite apreciar una distorsión en el mismo, dado que en comparación con un periodo similar sin conducta (junio-agosto 2020), los agentes dominantes mantienen las mismas posiciones a las obtenidas en un escenario con infracción;
- b3) Las unidades comercializadas del producto “naturella” no representaron un falseamiento al régimen de competencia, sea por la poca participación alcanzada por el producto, o por el mantenimiento de la estructura del mercado;
- b4) Las tasas de crecimiento mensuales en las ventas de “naturella” fuera del periodo de infracción se ubicaron en rangos similares a otras marcas en el mercado, por lo que no puede evidenciarse afectación al mercado, ni la potencialidad de la misma;
- b5) Las tasas de crecimiento de 826% (junio a julio 2021) y 240% (julio a agosto 2021) de ventas del producto “naturella”, serían resultado de: **i.** Con carácter secundario: incremento de comercialización por provincias⁵; y, **ii.** Con carácter principal: el aumento en la demanda, como reflejo de aceptación del producto por los consumidores; y,
- b6) La potencialidad de afectación al mercado relevante de margarinas respondía al uso y comercialización del producto “naturella” con envase infractor, siendo las modificaciones al envase la medida que contrarrestaría el riesgo, aunadas a todas las circunstancias del caso: mercado relevante, dominancia del agente, presencia del producto.

Sobre esto, la DNICPD, en el Informe de Resultados No. INICPD-DNICPD-012-2022, de 01 de noviembre de 2022, señaló:

*“[...] No obstante, esta Dirección consideró imprescindible acreditar el alcance cuantitativo de las conductas desleales, al respecto, esta Dirección **no evidenció una afectación real a la estructura del mercado de las margarinas**, lo que se puede entender por el corto período de duración de los actos desleales (tres meses). En este mismo sentido, **dado que el operador económico dejó de cometer las conductas de confusión e imitación mediante el cambio de envase del producto “Naturella”, esta***

⁵ Inicio de comercialización, 12 provincias: Azuay, El Oro, Guayas, Imbabura, Loja, Los Ríos, Manabí, Morona Santiago, Orellana, Pichincha, Santo Domingo, Zamora Chinchipe. Expansión a julio 2021, 5 provincias: Cañar, Cotopaxi, Esmeraldas, Santa Elena, Tungurahua. Expansión a agosto 2021, 2 provincias: Bolívar y Cañar

Dirección no evidencia un riesgo potencial para el régimen de competencia en este mercado.

*En conclusión, del análisis económico y jurídico, se identificó que si bien se demostraron los elementos de convicción de las conductas desleales de confusión e imitación por parte del operador ALES, dentro del mercado relevante y conforme la temporalidad de las conductas **no se evidencia que como consecuencia de dichas conductas el operador haya logrado, real o potencialmente, falsear el régimen de competencia del mercado de margarinas [...]***” (énfasis fuera de texto)

Y, la Resolución de 15 de noviembre de 2022, acogiendo la postura de la DNICPD, indica:

*“[...] 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 [...]”* (negritas ajenas al original)

En medida de lo expuesto, siendo que –de la verdad procesal de los expedientes administrativos- y de la fundamentación del recurso de apelación que se atiende, no se encuentran elementos por los cuales se permita evidenciar que en el mercado relevante de margarinas -en el marco temporal de julio a agosto 2021, con revisión comparativa de medición de efectos del mismo periodo del año 2020- exista la aptitud propia de que las actuaciones del agente económico ALES representen un riesgo de afectación potencial por ausencia de cualificación de las mismas, esta autoridad considera que la motivación de las actuaciones de, 12 de enero de 2023 dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-19-2022, y 15 de noviembre de 2022 dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-015-2021, desarrolla correctamente el aspecto conductual de configuración normativa, siendo procedente la orden de archivo por ausencia de méritos de lo investigado.

Por consiguiente, pese a que las conductas denunciadas se encuentren configuradas en el aspecto de su calificación como desleal, no es posible identificar que las mismas -por la ordenación del mercado relevante de margarinas y la presencia de mercado del denunciado y su producto “naturella”- tengan la aptitud intrínseca de poder impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios por efectos potenciales; ratificándose –en consecuencia- la ausencia de mérito suficiente, siendo improcedente la prosecución de la instrucción de la investigación por el cometimiento de las prácticas desleales contenidas en el numeral 1 y 3 literal b) de la LORCPM.

NOVENO.- RESOLUCIÓN.-

Por las consideraciones expuestas, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2, y el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE: UNO.-** RECHAZAR el Recurso de Apelación presentado por el operador económico UPFIELD ECUADOR CIA. LTDAL, en contra de la Resolución de 12 de enero de 2023, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-19-2022; en consecuencia, **RATIFICA** la Resolución de 12 de enero de 2023, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-19-2022; y, **DOS.-** Se deja a salvo el derecho de los administrados de interponer las acciones legales que consideren pertinentes, en defensa de sus intereses y ante las autoridades competentes que creyeren oportuno.

DÉCIMO.- NOTIFICACIONES.-

De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo, en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la Disposición General Segunda de la Resolución No. SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020, que determina: “*Para notificaciones se priorizará el uso de los correos electrónicos señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones*”; notifíquese con la presente providencia: i) Al operador económico **UPFIELD ECUADOR CIA. LTDA.**, en los correos electrónicos: farosemena@propiedadintelectual.com.ec y consultas@propiedadintelectual.com.ec; ii) Al operador económico **INDUSTRIAS ALES S.A.**, en los correos electrónicos: lmarin@lexvalor.com; jalmedia@lexvalor.com; rpenaherrera@lexvalor.com; ateran@lexvalor.com; jbaus@lexvalor.com y casanchez@lexvalor.com; y, iii) A la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.-

DÉCIMO PRIMERO.- Continúe actuando en calidad de Secretario de Sustanciación en el presente expediente el abogado Daniel Andrés Castro Naranjo, quien firma de manera conjunta.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

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

Abg. Daniel Castro Naranjo
SECRETARIO DE SUSTANCIACIÓN