



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Adjunto al oficio Nro. 2018-0834 de fecha 7 de junio de 2018, recibido en esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia el 28 de ese mismo mes y año, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo remitió el expediente contentivo de la demanda de nulidad conjuntamente con solicitud de amparo cautelar y subsidiariamente medida de suspensión de efectos, interpuesta por el abogado Jesús Caldera Marín, inscrito en el INPREABOGADO bajo el Nro. 48.979, actuando con el carácter de apoderado judicial de la sociedad mercantil **C.A., GALLETERA CARABOBO**, inscrita ante el Registro de Comercio que llevaba el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo el 13 de marzo de 1959, bajo el Nro. 55, contra la Resolución Nro. SPPLC/0034-2013 del 27 de diciembre de 2013, emanada de la **SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA (PROCOMPETENCIA)**, actualmente **SUPERINTENDENCIA ANTIMONOPOLIO**, en la cual se determinó que la accionante “*incurrió en la práctica anticompetitiva tipificada en el ordinal 3° del artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*”, aplicable *ratione temporis*.

Dicha remisión se efectuó con ocasión de los recursos de apelación ejercidos los días 14 de junio y 19 de julio de 2017, por los abogados Eucaris Alcalá Gutiérrez y Ricardo Jesús Lastra, inscritos en el INPREABOGADO bajo los Nros. 131.745 y 154.769, respectivamente, actuando con el carácter de apoderados judiciales del tercero interesado sociedad mercantil Promotora Apongua, S.A., y de la Superintendencia Antimonopolio, contra la sentencia Nro. 2017-0447 dictada el 25 de mayo de ese mismo año por la prenombrada Corte, que declaró con lugar la demanda de nulidad interpuesta.

El 4 de julio de 2018 se dio cuenta en Sala, y se asignó la ponencia al Magistrado Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta. Asimismo, se fijó el lapso de diez (10) días de despacho para la fundamentación de la apelación.

Mediante escrito consignado el 26 de julio de 2018, la apoderada judicial de la compañía Promotora Apongua, C.A., fundamentó la apelación ejercida y, posteriormente, el 1° de agosto de ese mismo año, consignó “*cuadro comparativo de los productos objeto de la controversia*”.

El 2 de agosto de 2018 se ordenó practicar por Secretaría el cómputo de los días de despacho transcurridos desde la fecha en que se dio cuenta en Sala del ingreso del expediente, exclusive, hasta el día en que venció el lapso establecido en el auto del 4 de julio de ese mismo año inclusive, dejándose constancia que habían transcurrido dos (2) días continuos en razón del término de la distancia correspondientes a los días 5 y 6 de julio del mismo año y diez (10) días de despacho, a saber: 10, 11, 12, 17, 18, 19, 25, 26 y 31 de julio y 1° agosto de 2018.

En fecha 18 de septiembre de 2018, el abogado Luis Eduardo Enríquez, con INPREABOGADO Nro. 102.405, actuando con el carácter de apoderado judicial de la sociedad mercantil C.A., Galletera Carabobo, consignó escrito de contestación al recurso de apelación.

En sesión de Sala Plena del 30 de enero de 2019, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se reeligió la Junta Directiva de este Máximo Tribunal, quedando integrada esta Sala Político-Administrativa de la forma siguiente: Presidenta, Magistrada María Carolina Ameliach Villarroel; Vicepresidente, Magistrado Marco Antonio Medina Salas, la Magistrada Bárbara Gabriela César Siero; el Magistrado Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta y la Magistrada Eulalia Coromoto Guerrero Rivero.

Realizado el estudio del expediente, este Alto Tribunal procede a emitir decisión con base en las siguientes consideraciones:

I
DEL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

Por medio de la Resolución Nro. SPPLC/0034-2013 del 27 de diciembre de 2013, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA), hoy Superintendencia Antimonopolio, determinó que la sociedad mercantil C.A., Galletera Carabobo, “*incurrió en la práctica anticompetitiva tipificada en el ordinal 3° del artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*”, aplicable *ratione temporis*, en los siguientes términos:

“Ahora bien, el presente procedimiento administrativo sancionatorio se apertura (sic) en virtud de la denuncia presentada por la sociedad mercantil PROMOTORA APONGUAO S.A., contra la empresa C.A., GALLETERA CARABOBO, por estar incurriendo presuntamente en la práctica anticompetitiva tipificada en el encabezado y ordinal 3° del artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, en relación al aprovechamiento al (sic) esfuerzo ajeno y a la simulación de productos, específicamente Galletas de tipo dulces, saladas e integrales, que tienen según la denunciante similitud en los signos distintivos con los registros marcarios concedidos a favor de C.A., SUCESORA DE JOSÉ PUIG & CIA, la cual produce y comercializa los productos objeto del presente procedimiento.

(...omissis...)

(...) una vez descrita la actividad económica de las empresas involucradas en el presente procedimiento administrativo, se define el sector de alimentos, en el segmento de producción, distribución y comercialización de galletas, como el escenario donde se desenvuelven las mismas como agente económicos.

(...omissis...)

*Con relación a la galleta tipo MARÍA y el uso que el demandante hace de ellas, nos permite inferir que ciertamente puede ser sustituida por otros tipos de galletas dulces, que satisfagan la necesidad del consumidor; sin embargo, el hecho de que la práctica en estudio se refiere a la simulación del empaque de las galletas tipo MARÍA, y solo se afectaría el mercado cuando el consumidor final adquiriera en el mercado este producto, esta Superintendencia decide que el mercado relevante a analizar en este procedimiento administrativo sancionatorio, es el mercado de la galleta tipo MARÍA, **ASÍ SE DECLARA.***

*Con respecto a las galletas SALADAS, el uso que el demandante hace de ellas, se observa que ciertamente pueden ser sustituidas por otro tipo de galletas saladas, que satisfagan la necesidad del consumidor; sin embargo, el hecho de que la práctica en estudio se refiere a la simulación del empaque de las referidas galletas, específicamente de Sosa, Krawi, Saltín, Craki Bran y Saltines, solo se afectaría el mercado cuando el consumidor final adquiriera estos productos. En tal sentido, esta Autoridad Administrativa decide que el mercado a analizar en el presente procedimiento administrativo sancionatorio, es el mercado de galletas saladas y similares, **Y ASÍ SE DECLARA.***

(...omissis...)

Según consta en el presente expediente administrativo, la comercialización de los productos por parte de la empresa C.A., SUCESORA DE JOSÉ PUIG & CÍA, C.A., es ‘(...) todo el territorio nacional (...)’.

Por otra parte, C.A., GALLETERA CARABOBO, expresó que la distribución de sus productos se realiza a través de sus ‘(...) sucursales en el interior del país (...)’.

Dadas las conclusiones obtenidas en el análisis del mercado producto y el mercado geográfico, se define el mercado relevante como:

“Comercialización y distribución de galletas tipo MARÍA y galletas SALADAS (Soda, Krawi, Saltín, Craki Bran, Saltines) en el Territorio Nacional”.

(...omissis...)

VI ANÁLISIS DE LAS PRÁCTICAS.

DE LA PRESUNTA REALIZACIÓN DE LA PRÁCTICA ANTICOMPETITIVA TIPIFICADA EN EL ENCABEZADO DEL ARTÍCULO 17 Y ORDINAL 3º, DE LA LEY PARA PROMOVER Y PROTEGER EL EJERCICIO DE LA LIBRE COMPETENCIA.

(...omissis...)

A) SOBRE LA COMPETENCIA DESLEAL:

Establece el artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia:

(...omissis...)

De la simple lectura del artículo transcrito se puede observar que el mismo se encuentra estructurado mediante dos componentes fundamentales, estos son, en primer lugar, un supuesto general (contenido en su encabezado); y de seguidas una enumeración meramente enunciativa de algunas de las situaciones que se entienden como actos que pueden realizar los agentes económicos para atentar contra el normal funcionamiento de los mercados, esto es, la reputación comercial y la integridad tanto de los derechos de las empresas y como de los consumidores.

Por otro lado, se puede observar de la redacción de dicho artículo, que la simulación de productos es uno de los tantos actos que han sido establecidos por el legislador como un acto de competencia desleal (...).

(...omissis...)

B) SOBRE LA SIMULACIÓN DE PRODUCTOS COMO ACTO DE COMPETENCIA:

(...omissis...)

(...) ha sido doctrina reiterada de esta Superintendencia establecer que a la luz de la competencia desleal, la simulación o imitación consiste en la reproducción de las características formales individualizantes de un producto (de los elementos externos, envoltorios, envases y recipientes utilizados para ello) capaz de crear confusión entre las mercancías que provienen de diversas empresas. Se induce así al consumidor en un engaño injusto al momento de la escogencia del producto, pudiendo desviarse la clientela hacia el competidor que ha creado la confusión mediante la imitación, aprovechando la afirmación en el mercado producto original. La confusión es uno de los requisitos necesarios para que se configure un acto de competencia desleal por imitación.

(...omissis...)

C) LA SIMULACIÓN DE PRODUCTOS COMO PRÁCTICA ANTICOMPETITIVA:

(...omissis...)

Distinta es la imitación o simulación que tiene una naturaleza desleal. Esta tiene lugar cuando una persona o empresa imita o simula los productos de otra, pero no para ofrecer nuevas alternativas a los consumidores, sino para hacerles creer que son un mismo producto o que existe una relación entre ellos. La simulación desleal es una conducta propia de empresas pequeñas o nuevas en el mercado, que simulan algún atributo que distingue a los productos de otra empresa que ya tiene una reputación entre los consumidores. Este tipo de simulación genera confusión y engaño en los clientes y compradores, debido a que los productos del imitador son relacionados con una reputación que no le

corresponde, pues no son el resultado de un esfuerzo sostenido para dar a conocer el producto o de una estrategia para ofrecer productos de alta calidad, sino que provienen del aprovechamiento de los esfuerzos de otra empresa.

Dicho lo anterior, y en consonancia con la doctrina y jurisprudencia internacional, esta Superintendencia interpreta que el artículo 17, ordinal 3° de la Ley, tiene como objeto prevenir la imitación desleal de un producto o de sus características identificadoras, o dicho en otras palabras, promover la diferenciación entre productos.

Ahora bien, una vez analizado todo lo antes expuesto, corresponde aplicarlo al caso concreto (...):

En primer lugar debemos recordar que en el presente caso se deben verificar tres (3) condiciones concurrentes, a saber:

1. *Que el presunto infractor sea susceptible de desarrollar actividades económicas, en los términos del artículo 4 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.*
2. *Que la actividad sea esencialmente desleal. Es necesario que la conducta del agente económico sea considerada contraria a los principios éticos que inspiran el ordenamiento jurídico-económico. Uno de esos principios es la estabilidad en el tráfico comercial, que depende de la preservación de las expectativas legítimas de los oferentes para obtener ganancias de sus inversiones productivas y de la preservación de las expectativas de los consumidores para adquirir productos y servicios deseados (...).*
3. *Que la actividad denunciada cause o sea susceptible de causar daños en el mercado. Según la modalidad o naturaleza de determinados actos es suficiente un efecto potencial. En caso de declararse la conducta como desleal, resulta indispensable determinar si la conducta llevada a cabo por un agente económico pudiera tener algún impacto en el mercado, al provocar un cambio en el comportamiento de los consumidores alterando la demanda y produciendo una merma de los derechos de los agentes económicos que concurren al mercado.*

Partiendo de lo anterior, pasa esta Superintendencia a analizar si en el presente caso, las precitadas condiciones se cumplen:

1.- QUE EL PRESUNTO INFRCTOR SEA SUSCEPTIBLE DE DESARROLLAR ACTIVIDADES ECONÓMICAS.

(...omissis...)

(...) [E]sta Superintendencia observa que las sociedades mercantiles PROMOTORA APONGUAO, S.A., y C.A., GALLETERA CARABOBO, son personas jurídicas domiciliadas en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, cuyas actividades que conforman su objeto social son desarrolladas dentro de los límites del Territorio Nacional. Por lo tanto las referidas empresas son sujetos idóneos para la aplicación de la normativa contenida en el artículo 4 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. **Y ASÍ SE DECLARA.**

2.- QUE LA ACTIVIDAD SEA ESENCIALMENTE DESLEAL.

(...omissis...)

(...) [R]esulta pertinente recordar que ha sido doctrina reiterada de esta Superintendencia señalar que: 'la prohibición prescrita de la simulación de productos en el ordinal 3° del artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia está dirigida a proteger y promover la diferenciación entre las distintas ofertas existentes en el mercado, de modo que los participantes en ese mercado puedan reconocer los productos por sus signos distintivos (...)' (Ver Resolución N° SPPLC/008-2002 de fecha 15 de marzo de 2002 – CASO: KELLOG'S vs PALO, ALVARI e INALIN entre otras).

Tomando en cuenta todo lo expresado anteriormente, es que el presente análisis tratará de determinar si los productos MARÍA Selecta, Galletas Crakers CRASKI, Galletas SALTINES y Galletas de SODA,

manufacturados y comercializados por la licenciataria de **PROMOTORA APONGUAO, S.A.**, pueden ser objetivamente diferenciadas de los comercializados por la sociedad mercantil C.A., **GALLETERA CARABOBO**:

Producto: GALLETA tipo MARIA (sic).

(...omissis...)

(...) este Despacho procede a analizar los empaques de los productos **MARÍA La Tradicional**, de la empresa **C.A., GALLETERA CARABOBO** y **MARÍA Selecta Galletas** comercializada por la licenciataria de **PROMOTORA APONGUAO, S.A.** (...).

Al respecto, se muestran imágenes de los empaques de los productos anteriormente señalados:

(...omissis...)

SIMILITUDES

- El uso básico de los colores azul y blanco como distintivos de los productos.
- El nombre del producto “**MARÍA**” en color blanco y fondo azul.
- Foto de la galleta color marrón, con figura bordeada y puntos.

DIFERENCIAS

- El diseño del envase de la marca **PUIG** se basa en cuadrados intercalados de color azul y blanco, el envase de **CARABOBO** presenta un solo rectángulo de color azul.
- El logotipo de la empresa **C.A. GALLETERA CARABOBO**, es rectangular, contrario al de la licenciataria de **PROMOTORA APONGUAO, S.A., SUCESORA DE JOSÉ PUIG Y CIA**, que es redondo.
- La foto de la galleta (una sola por cuadrado) del envase de **PUIG** se encuentra en cuadrados de fondo blanco, mientras que la foto del envase de **CARABOBO** presenta una serie de galletas superpuestas.
- El empaque de **PUIG** en forma vertical a lo largo de todo el paquete presenta la nota **AHORA CON RECETAS** con letras color rojo, en mayúsculas y tamaño 1cm, en fondo blanco. El empaque de **CARABOBO** a lo largo en forma vertical y en color azul, con letra tamaño 1,3cm, en mayúsculas la palabra **MARIA**.

Con respecto al diseño de empaque y su efecto sobre el consumidor hacemos referencia al artículo presentado en la página web.

(...omissis...)

Visto lo expuesto en el artículo reseñado con anterioridad, se desprende que los empaques deben ser percibidos por el consumidor en forma clara y precisa, lo cual le lleva a pensar en una marca y/o determinado producto, sin la menor posibilidad de confusión con respecto a otra marca o producto. De allí que los diseñadores de empaques se esfuerzan porque sus productos presenten un diseño único e inconfundible, sin la menor factibilidad que el consumidor pueda adquirir otro por similitud del empaque.

Igualmente se desprende, que el diseño del empaque no solo se refiere al aspecto físico, sino emotivo del mismo y fundamentalmente el aspecto visual, por ser la primera impresión que atrae al consumidor, por lo que adquieren suma importancia los colores y formas que se asocian al producto.

Si aplicamos estos principios básicos en el análisis del caso del presente expediente administrativo sancionatorio, observamos que el diseño presentado por la empresa **C.A., GALLETERA CARABOBO**,

para su producto *MARÍA La Tradicional*, no cumple con estos principios básicos, por cuanto se evidencia que presenta similitud con el empaque del producto *MARÍA Selecta Galletas*. Siendo esta última, la empresa con mayor presencia en el mercado de dicho producto.

Esta similitud se resumen en:

- El uso básico de los colores azul y blanco como distintivos de los productos.
- El nombre del producto *MARÍA* en color blanco y fondo azul.
- Foto de la galleta color marrón, con figura bordeada y puntos.

Los aspectos relevantes, en el cual se basa la similitud, radican en los tres (3) aspectos reseñados que a simple vista no presenta ninguna diferencia para un consumidor que identifica el producto, con la foto del alimento contenido en el envase. Como se puede evidenciar en las imágenes ut supra expuestas, que solo un consumidor muy acucioso puede detectar las diferencias contenidas en las mismas. **Y ASÍ SE DECLARA.**

Igualmente, el color blanco y azul como distintivos de los empaques, pudiera presentar una situación susceptible de generar confusión en el consumidor. Es de hacer notar que según consta en *CERTIFICADO ELECTRÓNICO DE REGISTRO*, emitido por el *SERVICIO AUTONOMO DE PROPIEDAD INTELECTUAL (SAPI)*, en la descripción del facsimil, que contiene ‘(...) representación gráfica de un rectángulo de nueve cuadrados de dos colores *BLANCO* y *AZUL* intercalados (...)’, lo que deja constancia que la empresa *PROMOTORA APONGUAO C.A.*, tiene registro del diseño del empaque en el cual se incluyen los colores utilizados. (...).

De esta manera y con relación a la presunta conducta desleal por simulación del producto galletas tipo *MARIA*, este Despacho considera que la empresa *C.A., GALLETERA CARABOBO*, con el diseño del empaque de su producto incurre en una conducta que puede generar confusión indirecta (...).

Con base a lo antes expuesto esta Superintendencia, concluye que la empresa ***C.A., GALLETERA CARABOBO***, asume una actitud desleal, con respecto al diseño del empaque de su producto galletas *MARIA*. **Y ASÍ SE DECIDE.**

Producto: Galletas *CRASKI* y similares.

En cuanto a la presunta simulación de signos distintivos, realizada por la sociedad mercantil *C.A., GALLETERA CARABOBO*, de acuerdo a los alegatos presentados por la empresa *PROMOTORA APONGUAO, S.A.*, (...) este Despacho procede a analizar los empaque de los productos marca *KRAWI* de la empresa *C.A., GALLETERA CARABOBO* y *CRASKY*, comercializado por la licenciataria de la empresa denunciante, *C.A. SUCESORA DE JOSE PUIG Y CIA*, esta Superintendencia observa:

(...omissis...)

Definidas las características de los empaques de los productos de galletas *KRAWI* y *CRASKI*, esta Autoridad Administrativa concluye que no existen similitudes entre ambos envoltorios, que pudieran generar confusión entre los consumidores a la hora de elegir una de las galletas según sea su gusto. **Y ASÍ SE DECLARA.**

Producto: Galletas de Soda y similares.

(...omissis...)

(...) esta Autoridad Administrativa procede a analizar los empaques de los productos *SODA* en cuestión:

(...omissis...)

SIMILITUDES

- El rectángulo color azul oscuro, en diagonal, con borde blanco, que identifica los empaques de dichos productos.
- Las palabras GALLETAS DE SODA en fondo azul oscuro.
- El fondo del empaque es transparente con pintas rojas.
- El logo de las empresas en colores rojo y blanco.

DIFERENCIAS

- Las palabras GALLETAS DE SODAS, no coinciden en su diseño, en el caso de la licenciataria **SUCESORA DE JOSÉ PUIG Y CIA.**, está en cursiva y en una sola línea; por lo contrario las de **C.A., GALLETERA CARABOBO**, la palabra GALLETAS DE está en una línea y SODA está en la siguiente y la letra no es cursiva.
- El tamaño de los rectángulos y letras son diferentes.

Con respecto al color, las similitudes se resumen en la presentación del rectángulo color azul con borde blanco como distintivo de los empaques de ambas empresas, los cuales son de diferentes tamaños y los contrastes de rojo, blanco y transparente.

Igualmente los rectángulos de color ‘azul oscuro’, con borde blanco, como distintivos de los empaques, pudiera presentar una situación susceptible de generar confusión en el consumidor. Es de hacer notar que según consta en el Certificado Electrónico de Registro emitido por el Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual (SAPI), en la ‘Descripción del Facsímil’ que contiene la ‘(...) representación gráfica de un rectángulo de nueve cuadrados de dos colores BLANCO Y AZUL intercalados (...)’ lo que deja constancia que la empresa **PROMOTORA APONGUAO, S.A.**, tiene registro del diseño del empaque en el cual se incluye los colores utilizados. (...). **Y ASÍ SE DECLARA.**

Definidas las características de los empaques y los productos de galletas SODA PUIG y SODA CARABOBO, esta Autoridad Administrativa concluye que existen similitudes entre ambos envoltorios, los cuales pudieran generar confusión entre los consumidores a la hora de elegir una de las marcas específicas según sea el gusto y las preferencias de los mismos. **Y ASÍ SE DECLARA.**

Con base en lo antes expuesto esta Superintendencia considera que la empresa **C.A., GALLETERA CARABOBO**, asume una conducta desleal con respecto al diseño del empaque de su producto galleta SODA. **Y ASÍ SE DECIDE.**

Producto: Galletas SALADAS (SALTINES SALTÍN).

(...omissis...)

(...) este Despacho procede a analizar los empaques de los productos objeto del presente procedimiento administrativo:

Galletas SALTINES de PUIG:

- El empaque se distingue por un rectángulo de 15cm de largo, de color azul oscuro, con cuadrado transparente que permite ver el producto.
- Se destaca la palabra SALTINES en color blanco con borde blanco y fondo azul oscuro, con letras en cursiva con borde derecho en rojo, de tamaño 3cm.
- En la parte superior izquierda se observa un círculo con el fondo de color blanco, el borde de color rojo y blanco, dentro se lee en letras rojas Galletas Puig y en letras cursivas de color rojo DESDE 1911.

- En el lado derecho sobre la palabra SALTINES, la palabra de tamaño 1cm GALLETAS en cursiva y letra blanca con fondo rojo, sobre la misma se lee 10 paquetes individuales en color azul oscuro con fondo blanco, con letra tamaño 0.5cm.

Galletas SALTÍN de CARABOBO:

- El empaque se distingue por un rectángulo de 18cm de largo, con franja diagonal de color azul oscuro, sobre fondo transparente que permite ver el producto.
- Dentro de la franja la palabra SALTÍN en letra blanca y borde azul claro, de tamaño 3cm, sobre la letra a, la Palabra GALLETAS en letras rojas.
- En la parte arriba y abajo, a lo largo de la franja, la palabra SIN COLESTEROL, en letra amarilla y fondo rojo, repetida cinco veces.
- En la parte superior izquierda en rectángulo con fondo rojo, las palabras GALLETERA CARABOBO, en letra blanca.

Una vez revisado los empaques contentivos en el expediente administrativo en los folios 266 y 267, este Despacho determina que existen similitudes en colores y nombre, que pudieran generar en el consumidor confusión a la hora de decidir la compra en los anaqueles de cualquier punto de venta. Y ASÍ SE DECLARA.

3. QUE LA ACTIVIDAD DENUNCIADA CAUSE O SEA SUSCEPTIBLE DE CAUSAR DAÑOS EN EL MERCADO.

(...omissis...)

(...) En tal sentido esta Superintendencia procede a evaluar el comportamiento de las ventas del producto MARÍA Selecta Galletas de la empresa C.A. SUCESORA DE JOSE PUIG Y CIA, a tal efecto se presenta el siguiente cuadro, según consta en folio 548 del expediente administrativo sancionatorio.

(...omissis...)

Como se observa las ventas en volumen de la mencionada empresa mantienen una tendencia creciente en los últimos años, las cuales crecieron en 17,8% en el período 2010-2012.

Al evaluar la información recibida por la empresa C.A. SUCESORA DE JOSÉ PUIG Y CIA, con respecto al 'SHARE' (cuota de participación en el mercado), de su producto MARÍA (sic) Selecta Galletas, para los meses de junio, julio y agosto de 2013, este se mantuvo por encima del sesenta por ciento (60%), indicando que esta empresa es la principal en este mercado (...).

Con respecto a la participación de C.A. GALLETERA CARABOBO, en el mercado de galletas tipo MARÍA, para el período junio-julio y agosto de 2013, se mantuvo en un rango entre 15% y 20%, ocupando el segundo lugar (...).

Con respecto a la participación de C.A. SUCESORA DE JOSÉ PUIG Y CIA con el resto de las empresas que participan en el mercado de galletas, para el período enero 2013-agosto 2013, esta se mantiene en segundo lugar con una participación del 25%, por debajo de la principal que ostenta 42% y por encima de la tercera con 14%. La empresa C.A. GALLETERA CARABOBO, ocupa el cuarto lugar con el 6% (...).

El segundo mercado a analizar corresponde al segmento de Galletas de SODA, por determinarse que la empresa C.A. GALLETERA CARABOBO presenta una conducta desleal.

En tal sentido esta Superintendencia procede a evaluar el comportamiento de las ventas del producto Galletas SODA de la empresa C.A. SUCESORA DE JOSÉ PUIG Y CIA, a tal efecto se presenta el siguiente cuadro, según consta en folio 551 del expediente administrativo sancionatorio:

(...omissis...)

Como se observa las ventas en volumen de la mencionada empresa mantienen una tendencia creciente en los últimos años, las cuales crecieron en 14,0% en el periodo 2010-2012.

Al evaluar la información recibida por la empresa C.A. SUCESORA DE JOSÉ PUIG Y CIA, con respecto al 'SHARE' (cuota de participación en el mercado), de su producto SODA PUIG, para los meses de junio, julio y agosto de 2013, este representa en promedio para los tres (3) meses, un 50,1%, indicando que esta empresa es la principal en este mercado (...).

Con respecto a la participación de C.A. GALLETERA CARABOBO, en el mercado de Galletas SODA, para el periodo junio, julio y agosto de 2013, mantuvo promedio de 25% ocupando el segundo lugar (...).

Con respecto a las ventas de los productos galletas tipo MARÍA por parte de C.A. GALLETERA CARABOBO, se observa que las ventas promedio mensuales, en volumen, se incrementaron en 17% entre el año 2010 y 2011, mientras que para el periodo 2011-2012, las ventas promedio mensuales disminuyeron en 49%, contabilizadas hasta el mes de septiembre en el primero.

Con relación a las ventas de galleta SODA, por parte de C.A. GALLETERA CARABOBO, se observa que las ventas promedio mensuales, en volumen, disminuyeron en 3% entre el año 2011 y 2010, mientras que para el periodo 2012-2011, las ventas promedio mensuales disminuyeron en 20%, contabilizadas hasta el mes de septiembre en el primero. Cálculos propios según información contenida en los folios 20-27 del Anexo Confidencial de C.A., GALLETERA CARABOBO.

Del análisis realizado por este Despacho se desprende que la empresa C.A. SUCESORA DE JOSÉ PUIG Y CIA, es líder en el mercado de Galletas tipo MARÍA y Galletas SODA, con una participación de más del 60% en la primera y 50% en la segunda. Igualmente sus ventas en ambos productos han mantenido una tendencia creciente, mientras que la empresa C.A. GALLETERA CARABOBO, presenta una tendencia a la baja en los promedios mensuales en la galleta SODA en el periodo analizado, y una baja en las ventas de galletas tipo MARÍA para el año 2012.

*Por lo antes expuesto, esta Superintendencia considera que no hubo afectación en el mercado, producto de la conducta desleal por parte de la empresa C.A. GALLETERA CARABOBO, en los mercados relevantes ut supra definidos, por cuanto (...) quedó demostrado el liderato que mantiene la licenciataria de PROMOTORA APONGUAO, S.A., es decir, C.A., SUCESORA DE JOSÉ PUIG Y CIA., manteniendo una tendencia creciente en sus ventas. Lo que hace inferir a esta autoridad administrativa que no se ha visto afectada por la conducta desleal asumida por la empresa C.A., GALLETERA CARABOBO. **Y ASÍ SE DECLARA.***

VII DECISIÓN

*Vistas las consideraciones técnicas, jurídicas y económicas así como el examen de los hechos controvertidos en el presente procedimiento sancionatorio, esta Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, concluye que con los elementos probatorios que cursan dentro del presente expediente administrativo se puede determinar que la empresa C.A. GALLETERA CARABOBO, ha incurrido en la práctica contraria a la Libre Competencia tipificada en el ordinal 3° del artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, referente a la simulación de productos. **Y ASÍ SE DECIDE.***

VII. (sic) ÓRDENES

Esta Superintendencia, con base en las potestades de policía administrativa que posee para restaurar el orden público económico según lo establecido en los ordinales 1°, 2° y 3° del Parágrafo Primero del

artículo 38 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, y los principios de proporcionalidad y racionalidad exigidos a la Administración, de conformidad con el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, ORDENA:

1. Se ordena a la empresa **C.A. GALLETERA CARABOBO**, cesar de inmediato en la realización de la práctica restrictiva de la libre competencia contenida en el ordinal 3° del artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia referente a la simulación de los productos *MARÍA Selecta Galletas, Galleta de SODA y SALTINES*
2. Se ordena a la empresa **C.A. GALLETERA CARABOBO**; abstenerse de comercializar el producto galleta *MARÍA La Tradicional, Galletas de SODA y Saltines* con las características que su envase presente actualmente en el mercado y, para la comercialización de dichos productos, deben modificar sus características distintivas.
3. Se ordena a la empresa **C.A., GALLETERA CARABOBO**, retirar los productos identificados galleta *MARÍA La Tradicional, Galletas de SODA y Saltines* de los distintos establecimientos en los que están siendo comercializados.
4. Se ordena monitorear el cumplimiento de las presentes órdenes, a través de la Dirección de Investigación y Fomento de esta Superintendencia (...), en un lapso no mayor a tres (3) meses.

(...omissis...)

(...) procedase a la notificación de las partes, y por consiguiente librense los respectivos oficios.

Cumplase lo ordenado, y notifíquese de la presente Resolución definitiva”. (Agregado de la Sala).

II DE LA DEMANDA DE NULIDAD

Mediante escrito presentado en fecha 2 de febrero de 2014 ante la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos (U.R.D.D.) de las Cortes de lo Contencioso Administrativo, el abogado Jesús Caldera Marín, previamente identificado, actuando con el carácter de apoderado judicial de la sociedad mercantil C.A. Galletera Carabobo, interpuso demanda de nulidad conjuntamente con solicitud de amparo cautelar y subsidiariamente medida de suspensión de efectos, contra la Resolución Nro. SPPLC/0034-13 del 27 de diciembre de 2013, emanada de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA), actualmente Superintendencia Antimonopolio, en los siguientes términos:

Indicó que su “(...) representada, desde el año 59 produce y comercializa galletas dulces tipo *María* y galletas saladas ‘del tipo soda’ y ‘Saltín’, respectivamente, (...) sin embargo ‘Apongua’ y ‘Puig’ acudieron ante ‘Procompetencia’ con la firme intención de lograr la salida del mercado de las galletas producidas y comercializadas por ‘Carabobo’, pretendiendo una ilegal e improcedente tutela reforzada de posiciones marcarias que en la actualidad, al año 2014 y con una sociedad ampliamente cambiante, no resultan iguales a las que existieron al momento de obtener los certificados de marcas, emitidos por la autoridad competente en esa materia”.

Manifestó que la Superintendencia accionada consideró en su decisión el argumento referido a que el Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI), negó el registro marcario sobre la palabra “*María*”, el cual, según afirma “(...) no resulta idóneo ni suficiente para que la Superintendencia como autoridad de libre competencia, brinde tutela reforzada de la posición marcaria de [esas] empresas [ya que] en la actualidad solo es representativa de un tipo específico

de galleta dulce, de forma redonda, que se ofrece a los consumidores en envases tubulares, con o sin individualización en paquetes. Sin embargo, ‘Procompetencia’ consideró lo contrario”. (Agregados de la Sala).

Planteó que “(...) los productos alimenticios derivados del proceso galletero, tienen una marcada vinculación con la marca comercial del productor, y por ende suelen asociarse con éste, de forma automática, en el proceso personal de selección y adquisición. Las personas tienden a comprar sus galletas ‘María Carabobo’ o ‘Saltines Puig’, libremente y según sus preferencias, evidenciándose que el consumidor promedio y recurrente asocia el ‘tipo’ de galleta con la marca comercial de su fabricante (...)”.

Esgrimió que “(...) [f]rente a los fonetismos anunciados por ‘Apongúao’, y las semejanzas en los estándares de producción (formas geométricas de las galletas, colores naturales de los ingredientes expuestos al proceso de cocción y estándares de empaquetado), en protección de su aliado comercial ‘Puig’, resulta inviable considerar, como lo consideró ‘Procompetencia’, que se pueda presentar una similitud, toda vez que las galletas tipo ‘Soda’ y tipo “Saltines” son esas que todos conocemos, porque representan una tipología y un denominador descriptivo de la receta de cada uno del tipo de galleta de que se trata. Estas palabras al igual que sucede con la tipo ‘María’ constituyen elementos genéricos representativos de los productos que a nivel mundial, por su historia particular y características, y bajo ningún concepto o circunstancia pueden ser catalogables como denominaciones susceptibles de monopolización marcaria, y mucho menos servir para materializar los derechos de exclusiva y exclusión que el registro marcario otorga, simplemente porque ‘ya han perdido tal cualidad’”. (Agregado de la Sala).

Enfatizó que no existe “(...) ningún procedimiento relativo al ejercicio del derecho de exclusión de ‘Apongúao’ por las galletas de tipo ‘María’, tipo ‘Soda’ y tipo ‘Saltines’, ante la autoridad de propiedad intelectual (SAPI) (sic) ni en ninguna otra instancia, por la sencilla razón que evidenciaría la pérdida rotunda de cualidad marcaria, activando de inmediato sus consecuencias jurídicas, es decir, la nulidad de las marcas por la vulgarización de su objeto de protección (...)”.

Explicó que “(...) Apongúao, pretende que los envoltorios para ambas ‘Galletas de Soda’ (PUIG y CARABOBO) no contengan expresiones y formas, e inclusive información esencial del producto, que pueden verse similares, como lo es el ‘NO CONTENER COLESTEROL’, haciendo ver la participación de ‘Carabobo’ como una ‘simulación de productos’ cuando no media asociación –ni remota- de los orígenes empresariales ni se lesiona el prestigio sobre el producto ni sobre el emporio empresarial de ‘Apongúao’ (...)”.

Agregó que “(...) no resulta posible para ‘Carabobo’, ni para ningún competidor galletero, aventurarse a sustituir los elementos tradicionales y característicos de los productos que elaboran, debido a que son tales elementos y rasgos los que de forma genérica y básica conforman dichos productos, los que confluyen inexorablemente con el **logotipo empresarial** y distinguen la escogencia del público consumidor”.

Esgrimió que “Es un exceso palpable de ‘Procompetencia’ pretender que sea solo ‘Apongúao’ y ‘Puig’, los que bajo condiciones monopólicas fabriquen y vendan galletas dulces redondas elaboradas con la receta del tipo ‘María’ empaquetadas en tubos, así como las galletas rectangulares saladas elaboradas con las recetas de los tipos ‘Soda’ y ‘Saltines’, empaquetadas en las transparencias, haciendo que el resto de los agentes económicos del sector fabriquen galletas del tipo ‘María’, ‘Soda’ y ‘Saltines’ diferentes, por ejemplo triangulares y con otras recetas”.

Expresó que la Superintendencia accionada afirmó en la Resolución impugnada que su representada incurrió en la práctica de competencia desleal de “simulación de productos”, tipificada en el ordinal 3° del artículo 17 de la Ley para

Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, partiendo de consideraciones erradas “(...) creando una situación de limitación contraria a Derecho (...)”.

Concretamente, la actora denunció contra el acto administrativo recurrido, los siguientes vicios:

“Violación al derecho al debido procedimiento administrativo (artículo 49, numerales 3 y 4 de la CRBV)” (sic), por cuanto, según sus dichos, la Superintendencia demandada incurrió en “A): violación al principio de imparcialidad y B) violación al principio del juez natural, derivado de la inobservancia del artículo 22 de la LPPELC (sic), que estatuye el mecanismo único para el nombramiento y designación del funcionario público encargado de la Sala de Sustanciación, destinatario del cargo denominado ‘Superintendente Adjunto’ (...)”.

Así, agregó que “(...) el Superintendente sin que hubiese un funcionario que ocupase el cargo de Superintendente Adjunto, se avocó de forma ilegal a la sustanciación del expediente, lo cual viola de forma clara el principio de imparcialidad que informan los procedimientos en materia de defensa de la competencia”.

Manifestó que “(...) no es posible justificar el error legal incurrido por el Superintendente, mediante la simple alusión a un ‘Punto de Cuenta’ en el que el Presidente de la República aparentemente aceptó la propuesta de asignar funciones al referido ciudadano Tito Zambrano, sin realizar las formalidades de ley en cuanto a la ‘designación’ mediante Decreto, debidamente publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”.

Vicio de incompetencia manifiesta del Superintendente del órgano recurrido, en cuanto a la “(...) realización de actuaciones propias del ‘Superintendente Adjunto’ [así como] a la designación posterior del Funcionario encargado de la Sala de Sustanciación, bajo régimen de titularidad, sin seguir la forma legal establecida”. (Agregado de la Sala).

Vicio de falso supuesto de hecho “(...) al percibir erróneamente la realidad, asumiendo como piedra angular de su decisión la existencia o no de bienes inmateriales certificados por el Registro Marcario Nacional (SAPI) (sic), cuando ello no es lo esencial en el análisis de prácticas de competencia desleal, partiendo de la premisa errada de brindar una tutela reforzada a los titulares de dichos certificados de registro marcario (...)”. (Agregado de la Sala).

Arguyó que “(...) el error de percepción en el que incurre ‘Procompetencia’ es afirmar que los diseños de ‘Carabobo’ y ‘Puig’ son similares. No son similares, y tal realidad se desprende del propio análisis de la Administración”.

Destacó que no existe imitación o simulación de los empaques y mucho menos “(...) confusión en los consumidores, (...) la realidad permite comprobar que hay más de las 4 diferencias que percibió la Superintendencia (...). No comprueba ‘Procompetencia’ la afirmada imitación del producto, porque no existe tal realidad. De igual modo, no se extrae del expediente administrativo ningún elemento probatorio que permitan (sic) demostrar algún riesgo de confusión. Mientras, las diferencias entre empaques rebasan las similitudes y las similitudes se refieren a elementos y rasgos básicos, no protegibles con exclusivas ni monopolizables, como lo son los colores primarios, las formas y las fotos naturales del producto empaquetado”.

Enfatizó que “(...) la autoridad de libre competencia anuncia ‘posibilidades de confusión’, sin siquiera contar con algún elemento probatorio de tal situación y partiendo de la premisa errada de la comparación realizada en el texto de la Resolución (...)”.

Añadió que “(...) [su] representada ‘Carabobo’, identifica el contenido de los empaques de galletas con las palabras exactas que se corresponden con el tipo de producto elaborado. Así, las galletas ‘María’, tipo ‘Soda’ y tipo ‘Saltín’ o ‘Saltines’, refieren a recetas específicas para dar lugar a la elaboración de una galleta con formas, sabores y colores específicos y derivados naturalmente de su proceso productivo”. (Agregado de la Sala).

Señaló que “(...) las fotografías de los productos no pueden constituirse en marcas comerciales ni en signos distintivos, toda vez que representan generalidades no apropiables desde la perspectiva intelectual e industrial. Las galletas ‘María’, redondas y planas, normalmente tostadas de colores variables del marrón, son representativas e identifican de manera inmediata y directa a este tipo de alimento. De la misma forma, las galletas de ‘Soda’ y las galletas ‘Saltines’, rectangulares y planas, normalmente tostadas de colores variables del beige, también identifican tales productos”.

Vicio de falso supuesto de derecho “(...) en tanto la norma contenida en el ordinal 3° del artículo 17 de la LPPELC (sic), plantea la exigencia de tres (3) supuestos concurrentes [los cuales] (...) según el criterio de ‘Procompetencia’ son: 1.- Que el presunto infractor sea susceptible de desarrollar actividades económicas; 2.- Que la actividad sea esencialmente desleal, y; 3.- Que la actividad denunciada cause o sea capaz de causar daños en el mercado. Según la modalidad o naturaleza de determinados actos es suficiente un efecto potencial”. (Agregado de la Sala).

Mencionó que “Paradójicamente ‘Procompetencia’ a pesar de haber concluido la inexistencia del tercer requisito de procedencia concurrente, anunciado en la narrativa del acto recurrido, relativo a la afectación de uno o más competidores con su conducta para que ésta pueda ser considerada ‘desleal’ en los términos de la LPPELC, se aventura a afirmar y dar por sentado que ha sido ‘...determinada la conducta desleal por parte de la empresa C.A. GALLETERA CARABOBO...’, situación ésta que evidencia una incursión en el vicio de falso supuesto de derecho (...)”.

Adicionó que “(...) dicha autoridad, luego de atropellar a ‘Carabobo’ con su afirmación, procede a declarar la incapacidad de la conducta de [su] mandante para afectar a la denunciante ‘Apongua’o’, ni a su licenciataria ‘Puig’, es decir, no hay daño ni actual ni potencial por elaborar y comercializar galletas dulces y saladas, tipo ‘María’, ‘Soda’ y ‘Saltines’, en sus empaques, que pueden tener aspectos básicos similares con el resto de los empaques de galletas de estos tipos (...) [por lo tanto] la Superintendencia materializó la aplicación de una norma legal (ordinal 3° del artículo 17 de la LPPELC), activando su consecuencia jurídica (declaratoria de competidor desleal sobre ‘Carabobo’), sin cumplirse todos los requisitos concurrentes exigidos para la procedencia del supuesto desleal (...)”. (Agregados de la Sala).

Finalmente, solicitó que se declare la nulidad “(...) de la Resolución N° SPPLC/0027-2013, del 28 de octubre de 2013 (...) mediante la cual [se] designó ilegalmente al Superintendente Adjunto de Procompetencia (...) y de la Resolución N° SPPLC/0034-13 del 27 de diciembre de 2013 (...) [en la que] se declaró que **C.A., GALLETERA CARABOBO**, incurrió en la práctica desleal denominada ‘simulación de productos’ (...)”. (Agregados de la Sala).

III
DE LA SENTENCIA APELADA

En la decisión objeto del recurso de apelación, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo decidió lo siguiente:

“- *De la incompetencia alegada*

Al respecto, señaló el Apoderado Judicial de la parte recurrente que: ‘...el Superintendente de ‘Procompetencia’ incurre en el denominado vicio de ‘Extralimitación de Funciones’ al asumir labores de sustanciación del expediente, a cargo del Superintendente Adjunto, violando el ordinal 3° del artículo 49 Constitucional, y dando paso a la infracción del ordinal 4° de la norma constitucional invocada (...) el Superintendente de ‘Procompetencia’ se abrogó la facultad de realizar actos de sustanciación en el procedimiento que posteriormente decidió, en franca violación de los principios de legalidad e imparcialidad (...) así mismo es pertinente resaltar que el Superintendente (...) a través de ‘La Designación’ (...) intentó realizar las formalidades a cargo exclusivo del Ejecutivo Nacional (...) todo lo anterior configura el vicio de nulidad denominado ‘incompetencia manifiesta’, por la causal definida como ‘Extralimitación de Funciones’ realizadas por el Superintendente’. (Negrillas de la cita).

(...omissis...)

Al respecto, esta Corte aprecia en primer lugar que corre a los folios doscientos setenta (270) al doscientos setenta y uno (271) de la segunda pieza del expediente administrativo, Resolución N° SPPLC/0015-2013 de fecha 7 de agosto de 2013, mediante la cual el Superintendente para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, acordó conocer del procedimiento administrativo sancionatorio contra la Sociedad Mercantil C.A. Galletera Carabobo.

(...omissis...)

En el caso que nos ocupa, el Superintendente para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, se avocó a la sustanciación del expediente administrativo sancionatorio, en base a las normas legales supra indicadas, y los fundamentos de su decisión se encuentran en la motivación de la Resolución N° SPPLC/0015-2013, al señalar que ‘...es un deber de la Administración Pública garantizar a los administrados una respuesta adecuada y oportuna a sus peticiones, así como garantizarles el derecho a la defensa y debido proceso en cada uno de los Procedimientos Administrativos Sancionatorios, todo ello de conformidad a lo establecido en el numeral 1 del artículo 49 y artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...) visto que toda actuación de la Administración Pública debe estar regida por los principios generales de eficacia, celeridad, imparcialidad y simplicidad, entre otros’, dando así cumplimiento a los requisitos exigidos por la normativa señalada al respecto.

Conforme a lo expuesto, aprecia esta Corte que la actuación del ciudadano Superintendente para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, se produjo en el marco de lo previsto en el artículo 41 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública en consecuencia, no se configuró el vicio de extralimitación de funciones, ni la violación de los ordinales 3° y 4° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.

- Del vicio de falso supuesto denunciado

(...omissis...)

En el caso bajo estudio, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia) determinó que la Sociedad Mercantil recurrente incurrió en la práctica contraria a la Libre Competencia denominada simulación de producto, prevista en el ordinal 3° del artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, que dispone:

(...omissis...)

En consecuencia, ordenó a la Sociedad Mercantil C.A. Galletera Carabobo, cesara de inmediato la práctica restrictiva contemplada en el artículo 17 ordinal 3° ejusdem referente a la simulación de los productos María Selecta Galletas, Galleta de Soda y Saltines; le ordenó que se abstuviera de comercializar el producto galleta María La Tradicional, Galletas de Soda y Saltines con las características de los empaques que actualmente presentan en el mercado, por lo que debe modificar la presentación y características actuales de dichos empaques; se le ordenó a la empresa recurrente retirar los productos señalados de los establecimientos comerciales donde se están vendiendo; y

ordenó a la Dirección de Investigación y Fomento de la Superintendencia monitorear el cumplimiento de estas órdenes por un lapso no mayor de tres (3) meses.

En este sentido, la Apoderada Judicial de la Sociedad Mercantil Promotora Agonguao, C.A., consignó estudio denominado 'Focus Group' de mercadeo, que cursa inserto a los folios cuarenta y dos (42) al sesenta y seis (66) de la tercera pieza del expediente judicial, promovió la testimonial del ciudadano Rosty Rincón Vargas, en calidad de testigo experto, la cual riela a los folios ciento diecisiete (117) al ciento dieciocho (118) de la tercera pieza del expediente judicial, corre a los folios ciento setenta y cuatro (174) al ciento setenta y nueve (179) de la tercera pieza del expediente judicial cuaderno correspondiente a la experticia realizada por el ciudadano Héctor Antonio Marrero, en su condición de experto designado por el Juzgado de Sustanciación de esta Corte, consta a los folios ciento ochenta y tres (183) al ciento noventa (190) de la tercera pieza del expediente judicial, informe de experticia elaborado por el ciudadano Daniel Alberto Fonseca Balestrini, en su carácter de experto designado por la Representación Judicial de la Sociedad Mercantil Promotora Apongua, S.A., consta a los folios doscientos once (211) al doscientos treinta y cinco (235) de la tercera pieza del expediente judicial informe de experticia realizado por el ciudadano Moisés Useche, en su condición de experto designado por el Apoderado Judicial de la Sociedad Mercantil C.A. Galletera Carabobo.

En el marco de las observaciones anteriores, aprecia esta Corte que en el estudio denominado 'Focus Group', Test de Marca y Empaque para María, Soda y Saltines Puig, elaborado por Investigación, Comunicación, Mercadeo Creativo para la Sociedad Mercantil Promotora Apongua, S.A., la empresa que realizó el estudio de mercado, usó una metodología cuantitativa, el tipo de estudio fueron entrevistas en hogares con muestras de imágenes de empaques, la cobertura fue en la ciudad de Caracas, en un universo de mujeres y hombres compradores de galletas, el tamaño de la muestra fue de ciento cincuenta (150) casos, en edades comprendidas entre los dieciocho (18) y setenta (70) años, con un margen de error de ocho (8) porciento, para un nivel de confianza de noventa y cinco (95) por ciento.

En este informe, se lee en la parte denomina (sic) Análisis y Recomendaciones '...Galletas Carabobo genera con sus empaques hasta un 40% de confusión por su parecido con los empaques de Puig, siendo María el que más semejanzas presenta. Galletas Carabobo presenta atributos negativos que pueden afectar, por la confusión, a la marca Puig (...) recomendamos llevar el caso a términos legales porque según nuestra visión se presenta en los consumidores una confusión con los empaques de Carabobo que afecta directamente a las marcas de Puig evaluadas sobre todo en el caso de María Puig'.

Respecto a la testimonial del ciudadano Rosty Rincón Vargas, en su condición de testigo experto, evacuada el 1º de diciembre de 2015, en el Tribunal Undécimo de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, se aprecia que a) Al preguntarle si la similitud de los empaques hacen que el consumidor no lea la marca del producto, éste respondió que sí es posible; b) Ante la pregunta sobre la necesidad que exista diferenciación de empaques de presentación entre una marca y otra, el testigo respondió que sí, 'debido a que cada empresa debe realizar un estudio de mercado para saber al target al cual se está dirigiendo y en base a eso crear su imagen...'; c) Sobre la similitud o parecido entre los empaques de las galletas María Puig y María Carabobo, contestó '...los colores, la distribución de los elementos, la foto del producto en el empaque, los colores de logos de las galleteras...'; d) En cuanto a la similitud de los diseños de los empaques de las galletas Saltin (sic) y Saltines, explicó 'la tonalidad de los colores, la distribución de los elementos, el material del empaque, tanto del paquete como por unidad, el nombre del producto resalta el mismo color en ambos empaques, se usa un efecto parecido en la tipografía; e) Sobre las semejanzas encontradas entre los diseños de los empaques de las Galletas de Soda Puig y las Galletas de Soda Carabobo, indicó 'La distribución de los elementos, la banda azul diagonal que se encuentra en el centro del empaque, la tonalidad del nombre del producto, el material de empaque, tanto de paquete como por unidad no se diferenciarían mucho; f) Al preguntársele sobre cómo puede afectar el mercado ante la similitud de los empaques, expresó '...aparentemente sí, debido a que una marca está usando la trayectoria de la otra para impulsar su venta, debido a que la imagen parecida entre ambos productos, puede persuadir haciendo que su elección a simple vista sea la misma, sin darse cuenta que son marcas diferentes; g) Ante la pregunta cómo puede verse afectado el consumidor, con la

presentación de los empaques por cuanto no existe diferenciación, manifestó ‘Sí, el consumidor puede verse afectado debido [a] que al momento de realizar su compra puede ir a buscar un producto con una calidad a la cual está acostumbrada, y lo identifica con una imagen asociada, al no estar este producto puede tomar el de la competencia no obteniendo lo mismo, por ende, la similitud entre ambas marcas puede persuadir al cliente de conseguir uno u otra (sic) producto...’.

En relación con la experticia efectuada por el ciudadano Héctor Antonio Marrero, actuando con el carácter de experto designado por el Juzgado de Sustanciación de esta Corte, en su informe sobre la comparación psico-gráfica entre las marcas María Selecta de Puig y María La Tradicional de Galletera Carabobo, señaló ‘...los siguientes puntos que indican la copia de marcas:

Los colores usados son a la vista idénticos (Blanco, Azul y Rojo).

La marca destacada en MARIA (sic) es idéntica en ambos casos sin importar la extensión de la misma (la extensión de marca en estos casos es: Selecta/La Tradicional.

La ilustración digital o fotografía de la galleta es idéntica en ambos casos.

Dimensiones de la presentación del empaque prácticamente iguales’.

La comparación psico-gráfica entre las marcas Galletas Soda de Puig y Galletas de Soda de Galletera Carabobo, arrojó ‘...los siguientes puntos que indican visiblemente la copia de marca:

Los colores usados son a la vista idénticos (Blanco, Azul y Rojo).

La marca destacada en Galletas Soda y Galletas de Soda es idéntica en ambos casos sin importar la extensión de la misma (la extensión de marca en estos casos es: Soda Puig/ Soda Crackers, pues el consumidor los percibe de esa manera. Ya que el centro de atención [es] Galletas Soda y Galletas de Soda).

La disposición de los elementos como los logos y los fondos y la indicación de los textos es igual.

Los empaques son similares en cuanto a tamaño y presentación’. En cuanto a la comparación psico-gráfica entre las marcas Galletas Saltines de Puig y Galletas Saltín de Galletera Carabobo, se encontró: ‘...los siguientes puntos que NO indican visiblemente la copia de marca:

Los colores usados son a la vista idénticos (Blanco, Azul y Rojo). La marca destacada en Galletas Saltines y Galletas Saltín totalmente son diferentes aunque puede haber alguna similitud en la marca el tratamiento es muy distinto uno de otro.

La disposición de los elementos como los logos y los fondos y la indicación de los textos es totalmente diferente.

Los empaques son similares en cuanto a tamaño y presentación pero diferentes en imagen y marca’.

En el informe del ciudadano Daniel Alberto Fonseca Balestrino, experto designado por la Representación Judicial de la Sociedad Mercantil Promotora Apongua, S.A., expresó que la metodología utilizada fue una investigación de campo y documental, obteniendo como resultado:

‘...después de analizar los diferentes empaques y experticia presentada que los productos Puig en sus versiones Galletas María y Galletas Saltines y Soda Puig, a simple vista hay una flagrante imitación a la identidad corporativa de esta empresa (Puig). La identidad corporativa es la cara de una institución tal como parece de forma visible en mercados e interlocutores.

(...omissis...)

En conclusión, la disposición de los colores en cada uno de los empaques imitadores (María Carabobo, Soda Carabobo y Saltín), causan una confusión directa en el consumidor al momento de elegir uno de los productos, pero es práctica publicitaria para persuadir al consumidor y usar los atributos de una marca en un mercado para permitir que otra se filtre y pueda obtener proyección en

ventas y reconocimiento, haciendo que de esta forma se pueda crear la competencia directa y la segunda marca se abra en el mercado en el cual está ingresando, pero con el disfrute de la trayectoria de unos productos que han años tras años conquistado el mercado venezolano por su calidad e impecable presentación’.

En el sondeo realizado en la experticia entre compradores de galletas María Carabobo arrojó que sesenta (60) por ciento manifestó que la compraba por error; y veinte (20) por ciento expresó que sabían que era una imitación de menor calidad. Asimismo ante la pregunta ‘Diga ud. Esa es la misma Galletas María/Saltines/Galletas Soda Puig de siempre? en cualquier de sus casos’.

En el informe del experto se señaló que ocho (8) de cada diez dijo No y un dos (2) por ciento dijo Sí.

‘6 de cada 10 personas dicen haberla comprado por error y otras 2, de cada 10 dicen, saber que es una imitación el consumidor que (sic) plenamente perjudicado’ (Negrillas de la cita).

El ciudadano Moisés Useche, en su condición de experto designado por la Sociedad Mercantil C.A. Galletera Carabobo, indicó en su informe de experticia sobre el análisis gráfico comparativo entre los empaques de galletas Saltín de C.A. Galletera Carabobo y Saltines de Puig, que:

‘...el empaque cuestionado (Empaque de Saltín C.A. Galletera Carabobo) al ser estudiado en su morfología de creación de objetos, diagramación de elementos, aspectos cromáticos y evaluación semiótica de los elementos que conforman el diseño, no representan en forma alguna una búsqueda de emulación del empaque de Galletas Saltines Puig.

Ambos empaques poseen características únicas en identidad que pueden lograr diferenciarse de forma clara y precisa en un anaquel comercial y que no representan un riesgo de confusión para el usuario que desee adquirir el producto de su preferencia por marca’.

En lo que se refiere a las galletas María, el análisis gráfico comparativo entre los empaques de Galletas María de C.A. Galletera Carabobo y María Puig, indicó:

‘...que el empaque cuestionado (Empaque de Galletas María Galletera Carabobo) al ser estudiado en su morfología de creación de objetos, diagramación de elementos, aspectos cromáticos y evaluación semiótica de los elementos que conforman el diseño, no representan en forma alguna una búsqueda de emulación del empaque de Galletas María Puig.

Ambos empaques poseen características únicas en identidad que pueden lograr diferenciarse de forma clara y precisa en un anaquel comercial y que no representa un riesgo de confusión para el usuario que desee adquirir el producto de su preferencia por marca’. En el análisis gráfico comparativo entre los empaques de Galletas de Soda de C.A. Galletera Carabobo y Galletas Soda de Puig, expuso:

‘... que el empaque cuestionado (Empaque de Galletas de Soda Galletera Carabobo) al ser estudiado en su morfología de creación de objetos, diagramación de elementos, aspectos cromáticos y evaluación semiótica de los elementos que conforman el diseño, no representan en forma alguna una búsqueda de emulación del empaque de Galletas Soda Puig.

Ambos empaques poseen características únicas en identidad que pueden lograr diferenciarse de forma clara y precisa en un anaquel comercial y que no representa un riesgo de confusión para el usuario que desee adquirir el producto de su preferencia por marca’.

Según se ha visto, la Superintendencia para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (Procompetencia), con respecto al producto galletas dulce tipo María, y tipo Saladas (Soda, Saltín y Saltines) durante el procedimiento administrativo sancionatorio, procedió a realizar inspecciones en distintos supermercados del Área Metropolitana de Caracas, en las que se dejó evidencia por parte de los funcionarios instructores de la similitud del diseño del empaque del producto María Selecta de la Sociedad Mercantil C.A. Sucesora de José Puig & Cía, empresa licenciataria de la Sociedad Mercantil Promotora Aponguaio, S.A. titular de la marca Galletas María Selecta, y el empaque de la galleta dulce María La Tradicional de la C.A. Galletera Carabobo, así como de las galletas saladas tipo Soda, Saltín y Saltines.

Igualmente, la Superintendencia para la Promoción y Protección del Ejercicio de la Libre Competencia (Procompetencia), realizó un análisis comparativo profundo entre las galletas dulces tipo María y las galletas saladas Tipo Soda, Saltín y Saltines, para determinar de acuerdo con los elementos característicos de cada empaque, que existe gran similitud en la presentación de los productos evaluados, lo que genera el riesgo que un consumidor les atribuya el mismo origen empresarial o, en todo caso, que establezca algún tipo de vinculación comercial u organizativa entre las empresas que fabrican o distribuyen los mismos, lo cual coincide con los informes y testimonial emitidos por los expertos que cursan en el expediente judicial.

A juicio de esta Corte, la Administración en el procedimiento administrativo sancionatorio, realizó un estudio profundo destinado a verificar la simulación de productos, analizando cada uno de los requisitos para que se verifique dicha conducta infractora, mediante el análisis comparativo entre los productos y otros elementos como el precio y los efectos negativos de dicha práctica, razón por la cual, esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, debe desechar los argumentos planteados por la Representación Judicial de la C.A. Galletera Carabobo, respecto de la presunta incursión de la Superintendencia para la Promoción y Protección del Ejercicio de la Libre Competencia (Procompetencia) en el vicio de falso supuesto de hecho al momento de dictar la Resolución impugnada. Así se declara.

En cuanto al vicio de falso supuesto de derecho, denunció la Representación de la C.A. Galletera Carabobo, que no se verificaron de manera concurrente los requisitos de procedencia de la competencia desleal.

La competencia desleal se encuentra tipificada en el artículo 17 de la Ley para la Promoción y Protección del Ejercicio de la Libre Competencia, aplicable rationae tempore, en los siguientes términos:

(...omissis...)

Ahora bien, la ilegalidad prevista en esta norma se refiere al medio empleado para lograr un posicionamiento o beneficio en el mercado. En tal sentido, según la doctrina pacífica de la Superintendencia para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (Procompetencia), para la aplicación de la norma in comento se requiere que se cumplan tres (3) condiciones concurrentes, a saber (...):

- 1. Que el presunto infractor sea susceptible de desarrollar actividades económicas, en los términos del artículo 4° de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.*
- 2. Que la actividad sea esencialmente desleal. Se requiere que la conducta del agente económico sea considerada contraria a los principios éticos que inspiran el ordenamiento jurídico-económico. (...).*
- 3. Que la actividad denunciada cause o sea susceptible de causar daños en el mercado. Según la modalidad o naturaleza de determinados actos es suficiente un efecto potencial (...).*

Siendo ello así, esta Corte observa que la Superintendencia para la Promoción y Protección del Ejercicio de la Libre Competencia (Procompetencia), procedió durante la sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio a comprobar si las mencionadas condiciones se verificaron.

En tal sentido, en cuanto a la primera condición, se lee en el acto administrativo recurrido, que la Superintendencia dejó constancia que tanto la Sociedad Mercantil Promotora Apongua, S.A., como la Sociedad Mercantil C.A. Galletera Carabobo, son empresas debidamente domiciliadas y registradas en la República Bolivariana de Venezuela, y que desarrollan las actividades económicas que constituyen su objeto social en el territorio nacional, siendo por consiguiente, sujetos de aplicación de la Ley para la Promoción y Protección del Ejercicio de la Libre Competencia, en los términos previstos en el artículo 4 ejusdem.

En lo que respecta a la segunda condición, relativa a que la actividad sea esencialmente desleal, según se señaló supra la Superintendencia para la Promoción y Protección del Ejercicio de la Libre

Competencia (Procompetencia) efectuó los estudios comparativos de los productos en pugna, concretamente de los empaques para establecer la incursión de la Sociedad Mercantil C.A. Galletera Carabobo en la práctica de competencia desleal por simulación de productos tipificado en el numeral 3 del artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

En relación a la tercera condición, sobre el daño que la práctica desleal haya podido causar a la empresa C.A. Sucesora de José Puig y Cía., licenciataria de la Sociedad Mercantil Promotora Apongua, S.A., la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia), procedió a evaluar el comportamiento de las ventas de los productos que están siendo objeto de la competencia desleal por simulación de productos.

(...omissis...)

Conforme a lo expuesto, la Superintendencia para la Promoción y Protección del Ejercicio de la Libre Competencia (Procompetencia), determinó que la empresa C.A. Sucesora de José Puig y Cia., es líder en el mercado de galletas tipo María y Soda, y que sus ventas han mantenido una tendencia creciente en el mercado, por otro lado la Sociedad Mercantil C.A. Galletera Carabobo ha presentado disminución en sus ventas durante el período evaluado, por consiguiente, concluyó que la conducta llevada a cabo por esta última, no afectó la posición de mercado de la Sociedad Mercantil licenciataria de la empresa Promotora Apongua, S.A.

En atención a lo expuesto, por cuanto no se cumplió el requisito de concurrencia exigido para que se pueda verificar la conducta tipificada en el numeral 3 del artículo 17 de la Ley para la Promoción y Protección del Ejercicio de la Libre Competencia, estima esta Corte que se configuró el vicio de falso supuesto de derecho denunciado. Así se declara.

En consecuencia, al constatare el vicio denunciado por la Representación Judicial de la Sociedad Mercantil C.A. Galletera Carabobo, se declara CON LUGAR el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto conjuntamente con medida cautelar de amparo constitucional y subsidiariamente medida cautelar innominada, contra la Resolución N° SPPLC/0034-2013 de fecha 27 de diciembre de 2013, y en consecuencia se ANULA dicha Resolución. Así se decide.

Cabe agregar, que en el libelo contentivo de la demanda de nulidad, el Apoderado Judicial de la Sociedad Mercantil C.A. Carabobo, solicitó a esta Corte ‘...el inicio y trámite de los procedimientos necesarios para declarar la Vulgarización de las marcas ‘María’, ‘Soda’ y ‘Saltines’, cuya titularidad recae sobre PROMOTORA APONGUAO, S. A., y su Licenciataria C.A., SUCESORA DE JOSÉ PUIG & CIA., y en consecuencia se declare la NULIDAD de los Certificados de Registro de Marcas, por pérdida de cualidad del objeto de protección’ (Mayúsculas y negrillas de la cita).

Ello así, estima este Órgano Jurisdiccional que esta pretensión de la Representación Judicial de la recurrente constituye una nueva litis, por consiguiente, no corresponde a este Órgano Jurisdiccional conociendo sobre la nulidad de una Resolución dictada por la Superintendencia para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (Procompetencia) emitir pronunciamiento sobre la misma. Así se declara.

IX DECISIÓN

Por las razones expuestas esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, declara:

1.- CON LUGAR la demanda de nulidad interpuesta conjuntamente con amparo cautelar y subsidiariamente medida de suspensión de efectos por el Apoderado Judicial de la Sociedad Mercantil C.A., GALLETERA CARABOBO, contra la Resolución Administrativa N° SPPLC/0034-13 del 27 de diciembre de 2013, dictada por la SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA (PROCOMPETENCIA)”. (Agregado de la Sala).

IV

DE LA APELACIÓN INTERPUESTA

Mediante escrito presentado ante esta Sala el 26 de julio de 2018, la abogada Eucaris Alcalá Gutiérrez, previamente identificada, en su condición de apoderada judicial de la sociedad mercantil Promotora Apongua, S.A., (tercero interviniente en el proceso), fundamentó el recurso de apelación ejercido, en los siguientes términos:

Afirma que la sentencia recurrida “(...) *permite que la práctica desleal configurada en Simulación de Producto no fuese sancionada, situación que deja a los agentes intervinientes del mercado en estado de indefensión, ya que actualmente productos con características de presentación idénticos, producidos por empresas diferentes se comercialicen, se encuentren en abastos y supermercados, en los mismos anaqueles, causando confusión a los consumidores y en consecuencia afectado al mercado*”. (Sic).

Sostiene que la decisión apelada es contradictoria, pues “(...) *considera similitud en los productos en conflicto pero dice que no hay daño en el mercado. Además (...) considera la actividad esencialmente desleal al dar por validado el segundo requisito, pero no aplica sanción sino que permite que la actividad se siga desplegando con normalidad*”.

Plantea que el *a quo* “(...) *hace énfasis solo a las ventas efectuadas por los productos en controversia (...), y no toma en cuenta los derechos de los consumidores, siendo ellos los principales afectados (...) la sentencia se limita solo a analizar la participación en el mercado con un porcentaje de ventas para determinar si [su] representada se ve o no afectada, sin tomar en cuenta la estrategia comercial que implementa cada empresa para lograr la venta de sus productos. (...)*”. (Agregado de la Sala).

Indica que “*La inducción a la confusión de los consumidores como estrategia para la captación de clientes es una conducta evidentemente desleal que afecta directamente [sus] derechos y por ende al mercado. Siendo esto ignorado por la sentencia recurrida*”. (Agregado de la Sala).

Resalta que conforme a la normativa aplicable “*Solo es necesaria la similitud entre los productos ya que así se origina un riesgo de confusión en el consumidor [lo cual] se encuentra perfectamente cumplido en el presente caso y así se configura la existencia de [la] práctica prohibida por la Ley (...)*”. (Sic). (Agregados de la Sala).

Aduce que “*Todos los aspectos fundamentales para la existencia de la simulación de producto, fueron debidamente probados por [su representada], y aceptados también en la Resolución emitida por la Superintendencia Antimonopolio y; en parte, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que aceptando la similitud de los productos, declaró no obstante con lugar el recurso contencioso administrativo de nulidad, permitiendo que continuase la práctica desleal y en consecuencia, [que] se siga afectando el mercado, los consumidores y los comerciantes y el buen desenvolvimiento del orden público económico*”. (Agregados de la Sala).

Esgrime el vicio de inmotivación “(...) *por contradicción entre los motivos de hecho con la dispositiva (...)*”, por cuanto “(...) *la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo [reconoce] la existencia de la similitud entre los empaques de Promotora Apongua, S.A, con los de C.A. Galletera Carabobo (...) sin embargo, decreta con lugar el recurso contencioso administrativo de nulidad, por falso supuesto de derecho (...). De lo anterior se evidencia que existe contradicción en la sentencia (...) [ya que] lo explicado en la parte narrativa no corresponde con lo que se sentencia en la parte dispositiva*”. (Agregados de la Sala).

Agrega que “(...) *la recurrida declara la existencia de hechos desleales pero no los prohíbe ni los sanciona, con lo cual, además de la existencia de una ilegalidad, se genera evidente daño al mercado, los consumidores, los comerciantes y*

el bienestar del orden público económico (...) quebrantándose el contenido de los artículos 12 y 243 ordinal 4° del Código de Procedimiento Civil (...)”.

Señala que la sentencia de mérito incurre en silencio de prueba, ya que “(...) *la prueba de testigo experto no fue analizada (...) [tampoco] apreció las (...) documentales aportadas al proceso. Solamente efectuó una transcripción de los estudios consignados [lo que] produce la infracción de los artículos 12, 243 (ordinal 4°) 507 y 509 [del Código de Procedimiento Civil] (...)*”. (Sic) (Agregados de la Sala).

Explica que la recurrida “(...) *menciona el medio probatorio, es decir, el estudio de FOCUS GROUP y la evacuación del Testigo Experto. Sin embargo, no establece el criterio de valoración de estas pruebas. Los expertos en Publicidad y Mercadeo determinaron que existe plena afectación en el mercado debido a que en el momento en el que el consumidor escoge el producto que desea adquirir, este consumidor puede confundirse y tomar el producto de la empresa imitadora*”.

Arguye que el *a quo* incurrió en error de juzgamiento por “*falta de aplicación de una norma legal vigente*”, toda vez que “(...) *motivó la sentencia en una legislación (...) no vigente puesto que basó la misma en requisitos concurrentes para que pueda proceder la práctica desleal configurada en Simulación de Productos (...). La normativa legal vigente, es decir la Ley Antimonopolio (...) indica (...) que para que se configure la práctica desleal, no es necesario acreditar el daño en el mercado, basta solamente demostrar la existencia de la práctica desleal para que se establezcan las sanciones correspondientes*”.

Finalmente, solicita que se declare con lugar el recurso de apelación interpuesto, que se revoque la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y se confirme la Resolución emitida por la Superintendencia Antimonopolio.

V
DE LA CONTESTACIÓN A LA APELACIÓN

Por escrito presentado ante esta Sala el 18 de septiembre de 2018, el abogado Luis Eduardo Enríquez, previamente identificado, actuando con el carácter de apoderado judicial de la sociedad mercantil C.A., Galletera Carabobo, contestó el recurso de apelación interpuesto, en los siguientes términos:

Sostiene que “(...) *para el momento que se dictó la sentencia, el legislador exigía la concurrencia de tres requisitos para la verificación de la competencia desleal y, en concreto de la simulación de productos (Art. 17.3 LPPELC), a saber: 1. Que el presunto infractor sea susceptible; 2. Que la actividad sea esencialmente desleal y; 3. Que la actividad denunciada cause o sea susceptible de causar daños en el mercado (...) en la sentencia recurrida se realizó el análisis y verificación de tales supuestos y al no cumplirse se procedió a determinar el vicio de falso supuesto de derecho (...)*”.

Afirma que “*Así como en su momento Procompetencia y ahora Promotora Aponguaio insisten en afirmar que los diseños de ‘Carabobo’ y ‘Puig’ son similares, no son similares, y tal realidad se desprende del propio análisis de la Administración*”.

Indica que “*En la soberanía del a quo estaba la valoración y juzgamiento sobre si procedía el vicio de falso supuesto de hecho que se había denunciado y, en consecuencia, no puede calificarse de ‘incongruente’ la decisión de la Corte primera de lo Contencioso Administrativo por desechar el falso supuesto de hecho y capturar el evidente falso supuesto de derecho*”.

Estima que “(...) *el a quo resolvió en cuanto a su pronunciamiento todos los vicios alegados por el recurrente y las defensas presentadas por las partes en el proceso. El hecho de desestimar algunos vicios y estimar la presencia de otros no lo hace entrar en contradicción con la orden contenida en el dispositivo de la sentencia recurrida (...)*”.

Plantea que “(...) *en la sentencia recurrida se hizo un inventario de los medios probatorios promovidos y evacuados, consideró en su análisis los medios probatorios presuntamente omitidos y [que] sirvieron de fundamento o mérito en una sección del juzgamiento, en tal sentido, no se configura el vicio antes delatado*”. (Agregado de la Sala).

Señala que “(...) *el tercero interesado conjuga una aspiración antijurídica al pretender la nulidad de la sentencia recurrida bajo el argumento que ha debido decidirse la controversia bajo una norma jurídica que no estaba vigente para el momento en que se dictó la Resolución Administrativa. Tal pretensión afectaría el principio de irretroactividad previsto en el artículo 24 constitucional, además, de quebrantar el principio de legalidad sancionadora, así como la seguridad jurídica (...)*”.

Finalmente, solicita que se declare sin lugar la apelación interpuesta y que se confirme la decisión recurrida.

VI
CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

- Punto previo.

Correspondería a esta Máxima Instancia pronunciarse acerca del recurso de apelación interpuesto por la representación judicial de la Superintendencia Antimonopolio, contra la sentencia la sentencia Nro. 2017-0447 dictada el 25 de mayo de 2017 por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que declaró con lugar la demanda de nulidad interpuesta.

No obstante, previamente esta Sala considera necesario entrar a analizar si en el presente caso se ha producido o no la situación procesal prevista en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuyo texto es del tenor siguiente:

“Artículo 92.- Dentro de los diez días de despacho siguientes a la recepción del expediente, la parte apelante deberá presentar un escrito que contenga los fundamentos de hecho y de derecho de la apelación vencido este lapso, se abrirá un lapso de cinco días de despacho para que la otra parte dé contestación a la apelación.

La apelación se considerará desistida por falta de fundamentación”. (Resaltado de esta Sala).

La norma antes transcrita establece la carga procesal de la parte apelante de consignar, dentro de los diez (10) días de despacho siguientes a la recepción del expediente, un escrito en el que se expongan las razones de hecho y de derecho en las que fundamenta su impugnación. De igual forma, impone como consecuencia jurídica en caso de falta de fundamentación, la declaratoria, bien sea de oficio o a instancia de parte, del desistimiento tácito de la misma.

En este orden de ideas, se aprecia que en el caso de autos se dio cuenta en Sala el 4 de julio de 2018 de la apelación incoada, fecha en la cual se fijó el procedimiento aplicable a la causa y se otorgó a la parte apelante un lapso de diez (10) días de despacho para fundamentar ésta, conforme a lo establecido en el precitado artículo 92 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Ahora bien, esta Máxima Instancia pudo verificar en el presente caso, que mediante auto de fecha 2 de agosto de 2018, la Secretaría de la Sala realizó el cómputo que evidencia el vencimiento del lapso del cual disponía la mencionada Superintendencia para consignar el escrito en el que fundamentase su apelación.

De esta forma quedó demostrado que desde la fecha en que se dio cuenta en Sala del ingreso del expediente, exclusive, hasta el día en que venció el lapso establecido en el auto del 4 de julio de 2018 inclusive, transcurrieron dos (2) días continuos en razón del término de la distancia correspondientes a los días 5 y 6 de julio del mismo año y diez (10) días de despacho, a saber: 10, 11, 12, 17, 18, 19, 25, 26 y 31 de julio y 1º agosto de 2018, sin que la representación judicial de la Superintendencia Antimonopolio, presentase el aludido escrito.

Tal omisión resulta contraria a las formalidades propias del referido medio de impugnación ante esta Sala, para cuyo ejercicio -debe insistirse- se exige a la parte que quiera hacerlo valer, cumplir con exponer por escrito las razones fácticas y jurídicas en las cuales fundamenta su inconformidad con el pronunciamiento judicial recurrido, a tenor de lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Así pues, en virtud de los planteamientos anteriormente expuestos, juzga este Supremo Tribunal que al no haber consignado la representación de la accionante, dentro del lapso previsto legalmente para ello, el escrito contentivo de los fundamentos de su apelación en el cual expresase los motivos que -a su juicio- condujeran a la revocatoria del fallo impugnado, ni indicar tales razones en la diligencia contentiva de la apelación ejercida ante el Tribunal *a quo*, circunstancia esta que habría obligado a la Sala Político-Administrativa a conocer de las denuncias invocadas conforme al criterio sentado por la Sala Constitucional mediante decisión Nro. 1350 de fecha 5 de agosto de 2011, caso: *Desarrollo Las Américas, C.A. e Inversiones 431.799, C.A.*; no puede esta Máxima Instancia pasar a conocer y decidir dicho recurso, *so pena* de suplir la carga procesal correspondiente al interesado.

Determinado lo anterior, debe este Alto Tribunal declarar el desistimiento tácito de la apelación ejercida por el apoderado judicial de la Superintendencia demandada en fecha 19 de julio de 2017, contra la sentencia Nro. 2017-0447 dictada el 25 de mayo de ese mismo año por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que declaró con lugar la demanda de nulidad interpuesta. **Así se declara.**

Ahora bien, a tenor de lo previsto en el artículo 84 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicado en la Gaceta Oficial Nro. 6.220 Extraordinario, del 15 de marzo de 2016, “*Toda sentencia definitiva contraria a la pretensión, excepción o defensa de la República, debe ser consultada al Tribunal Superior competente*”; no obstante, se advierte que la representación judicial del tercero interviniente sociedad mercantil Promotora Apongua S.A. (quien ingresó al proceso en condición de verdadera parte y; en consecuencia, puede ejercer todos los medios defensivos que corresponden al accionante primigenio, según se dispone en el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), formuló recurso de apelación contra la sentencia definitiva Nro. 2017-0447 dictada el 25 de mayo de 2017 por la prenombrada Corte, por lo tanto, esta Sala procede a conocer del referido medio de impugnación y en caso de ser declarado sin lugar, proseguirá con el análisis en consulta del fallo recurrido. (*Vid.*, sentencias de esta Alzada Nros. 00950 y 00208 de fechas 8 de agosto de 2018 y 8 de mayo de 2019, respectivamente). **Así se dispone.**

- De la apelación ejercida por el tercero interviniente.

En atención al anterior pronunciamiento, conoce esta Sala del recurso de apelación incoado por la representante judicial de la sociedad de comercio Promotora Apongua, S.A., en los siguientes términos:

- Del vicio de motivación contradictoria.

Sostiene la parte apelante que la decisión dictada por el *a quo* “(...) *considera [que existe] similitud en los productos en conflicto pero dice que no hay daño en el mercado. Además (...) considera la actividad esencialmente desleal al dar por validado el segundo requisito, pero no aplica sanción sino que permite que la actividad se siga desplegando con normalidad*”. (Agregado de la Sala).

Refiere que “(...) *la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo [reconoce] la existencia de la similitud entre los empaques de Promotora Apongua, S.A, con los de C.A. Galletera Carabobo (...) sin embargo, decreta con lugar el recurso contencioso administrativo de nulidad, por falso supuesto de derecho (...). De lo anterior se evidencia que existe contradicción en la sentencia (...) [ya que] lo explicado en la parte narrativa no corresponde con lo que se sentencia en la parte dispositiva (...) quebrantándose el contenido de los artículos 12 y 243 ordinal 4° del Código de Procedimiento Civil (...)*”. (Agregados de la Sala).

Por su parte, el representante judicial de la empresa C.A., Galletera Carabobo, en su escrito de contestación a la apelación, señala que “(...) *el a quo resolvió en cuanto a su pronunciamiento todos los vicios alegados por el recurrente y las defensas presentadas por las partes en el proceso. El hecho de desestimar algunos vicios y estimar la presencia de otros no lo hace entrar en contradicción con la orden contenida en el dispositivo de la sentencia recurrida (...)*”.

Sobre el particular, observa esta Sala que la motivación contradictoria se produce cuando el Juez fundamentan su decisión sobre la base de supuestos recíprocamente excluyentes, los cuales se eliminan mutuamente, haciéndolos inexistentes e incidiendo de forma negativa en la motivación del fallo; tales errores producen la inmotivación total, pura y simple, con lo cual se transgrede el ordinal 4° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (*Vid.*, sentencias de esta Sala Nros. 00833, 567 y 00367 dictadas en fechas 10 de junio de 2009, 16 de junio de 2010 y 5 de abril de 2016, respectivamente).

Ahora bien, se advierte que en la decisión recurrida la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo determinó lo siguiente:

“Del vicio de falso supuesto denunciado

(...omissis...)

(...) la Superintendencia para la Promoción y Protección del Ejercicio de la Libre Competencia (Procompetencia), realizó un análisis comparativo profundo entre las galletas dulces tipo María y las galletas saladas Tipo Soda, Saltín y Saltines, para determinar de acuerdo con los elementos característicos de cada empaque, que existe gran similitud en la presentación de los productos evaluados, lo que genera el riesgo que un consumidor les atribuya el mismo origen empresarial o, en todo caso, que establezca algún tipo de vinculación comercial u organizativa entre las empresas que fabrican o distribuyen los mismos, lo cual coincide con los informes y testimonial emitidos por los expertos que cursan en el expediente judicial.

A juicio de esta Corte, la Administración en el procedimiento administrativo sancionatorio, realizó un estudio profundo destinado a verificar la simulación de productos, analizando cada uno de los requisitos para que se verifique dicha conducta infractora, mediante el análisis comparativo entre los productos y otros elementos como el precio y los efectos negativos de dicha práctica, razón por la cual, esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, debe desechar los argumentos planteados por la Representación Judicial de la C.A. Galletera Carabobo, respecto de la presunta incursión de la Superintendencia para la Promoción y Protección del Ejercicio de la Libre Competencia

(Procompetencia) en el vicio de falso supuesto de hecho al momento de dictar la Resolución impugnada. Así se declara.

En cuanto al vicio de falso supuesto de derecho, denunció la Representación de la C.A. Galletera Carabobo, que no se verificaron de manera concurrente los requisitos de procedencia de la competencia desleal.

La competencia desleal se encuentra tipificada en el artículo 17 de la Ley para la Promoción y Protección del Ejercicio de la Libre Competencia, aplicable rationae tempore, en los siguientes términos:

(...omissis...)

Ahora bien, la ilegalidad prevista en esta norma se refiere al medio empleado para lograr un posicionamiento o beneficio en el mercado.

En tal sentido, según la doctrina pacífica de la Superintendencia para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (Procompetencia), para la aplicación de la norma in comento se requiere que se cumplan tres (3) condiciones concurrentes, a saber (...):

(...omissis...)

En atención a lo expuesto, por cuanto no se cumplió el requisito de concurrencia exigido para que se pueda verificar la conducta tipificada en el numeral 3 del artículo 17 de la Ley para la Promoción y Protección del Ejercicio de la Libre Competencia, estima esta Corte que se configuró el vicio de falso supuesto de derecho denunciado. Así se declara.

En consecuencia, al constatarse el vicio denunciado por la Representación Judicial de la Sociedad Mercantil C.A. Galletera Carabobo, se declara CON LUGAR el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto conjuntamente con medida cautelar de amparo constitucional y subsidiariamente medida cautelar innominada, contra la Resolución N° SPPLC/0034-2013 de fecha 27 de diciembre de 2013, y en consecuencia se ANULA dicha Resolución. Así se decide”.

De la revisión del pronunciamiento efectuado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo respecto al vicio de falso supuesto de hecho, se aprecia que dicho órgano jurisdiccional determinó que la Superintendencia accionada había realizado un estudio profundo sobre los elementos de convicción cursantes en el expediente, lo cual, aunado a la comparación de los empaques en conflicto, le llevó a dar por comprobada la simulación de productos denunciada en sede administrativa por la sociedad mercantil Promotora Apongua, S.A.

De hecho, el *a quo* en su decisión estableció que la Administración Pública “(...) de acuerdo con los elementos característicos de cada empaque, [concluyó] que existe gran similitud en la presentación de los productos evaluados, lo que genera el riesgo que un consumidor les atribuya el mismo origen empresarial o, en todo caso, que establezca algún tipo de vinculación comercial u organizativa entre las empresas que fabrican o distribuyen los mismos, lo cual coincide con los informes y testimonial emitidos por los expertos que cursan en el expediente judicial”. (Agregado de la Sala).

No obstante lo anterior, al analizar el vicio de falso supuesto de derecho, estableció que “(...) no se cumplió el requisito de concurrencia exigido para que se pueda verificar la conducta tipificada en el numeral 3 del artículo 17 de la Ley para la Promoción y Protección del Ejercicio de la Libre Competencia (...)”; declarando la procedencia de la denuncia y; en consecuencia, con lugar la demanda de nulidad ejercida.

En este sentido, esta Máxima Instancia observa que el ordinal 3° del artículo 17 de la Ley *supra* mencionada, dispone lo siguiente:

“Artículo 17. Se prohíbe el desarrollo de políticas comerciales que tiendan a la eliminación de los competidores a través de la competencia desleal y, en especial, las siguientes:

(...)

3° El soborno comercial, la violación de secretos industriales y la simulación de productos”.

Sobre la simulación de productos como práctica de competencia desleal, esta Sala ha señalado que a través de ella el transgresor se aprovecha indebidamente de la reputación y prestigio alcanzado por otro agente comercial a lo largo del tiempo, y que responde a factores como la calidad del producto y la estrategia comercial para dar a conocer el bien y su origen, por lo que se afecta en sí a las marcas de un posicionamiento y prestigio sostenido en el mercado.

Por otra parte, es importante señalar que el enunciado de la norma *in commento*, prohíbe todas aquellas conductas empresariales que “*tiendan*” a la eliminación de los competidores, es decir, no se precisa que el daño, que en este caso sería la efectiva exclusión del productor, se haya logrado, pues basta que los efectos perjudiciales de la práctica anticompetitiva puedan materializarse a futuro, a consecuencia de seguirse ejerciendo la infracción sin la debida atención y sanción por parte del órgano de técnico administrativo con competencia en la materia.

Ahora bien, para que se verifique la simulación de un producto, el bien que introduzca una empresa al mercado debe tener los mismos o similares signos distintivos de otro producto de la competencia, entendiendo éstos como aquellos elementos aprehensibles por los sentidos y que sirven para identificarlo, lo cual es posible determinar a partir de la comparación de los productos en conflicto. (Ver, sentencia de este Órgano Jurisdiccional Nro. 01735 de fecha 31 de octubre de 2007).

En este mismo orden de ideas, debe advertirse que no es cierta la afirmación del representante judicial de la sociedad mercantil C.A., Galletera Carabobo, atinente a que “*(...) el legislador exigía la concurrencia de tres requisitos para la verificación de la competencia desleal y, en concreto de la simulación de productos (Art. 17.3 LPPELC), (...)*”, toda vez que tales condiciones no se derivan expresamente del dispositivo legal analizado, por el contrario, dichos requerimientos son creación doctrinaria de la Superintendencia accionada para fundamentar su decisión, y así se dejó expresamente establecido tanto en la Resolución Administrativa impugnada, como en la sentencia pronunciada por el tribunal de mérito.

Visto así, esta Máxima Instancia determina que la sentencia objeto del presente recurso de apelación incurrió en el vicio de motivación contradictoria que afecta la validez del fallo, toda vez que analizados los hechos, consideró acreditada la práctica desleal denunciada ante la Superintendencia accionada, es decir, la simulación de productos, para posteriormente, señalar que se había aplicado erróneamente la norma que precisamente sanciona la conducta desleal, es decir, el ordinal 3° del artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, aplicable para el momento en que ocurrieron los hechos. En consecuencia, al existir contradicción entre el pronunciamiento de hecho y la aplicación del derecho en el presente caso, lo cual además delata el vicio de suposición falsa de derecho denunciado por la apelante, se impone a esta Sala declarar con lugar el recurso de apelación ejercido por la representación judicial del tercero interviniente y; por lo tanto, se anula la sentencia Nro. 2017-0447 dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el 25 de mayo de 2017. **Así se decide.**

En razón del anterior pronunciamiento, este Alto Tribunal procede a conocer el fondo de la demanda de nulidad interpuesta, y a tal efecto se observa:

- De la presunta “*tutela reforzada de posiciones marcarias*” por parte de la Superintendencia para la Promoción y Protección la Libre Competencia (Procompetencia).

Al respecto, se verifica que la representación judicial de la parte actora esgrimió en su escrito una serie de argumentos dirigidos a denunciar la presunta “*tutela reforzada de posiciones marcarias*” por parte de la Superintendencia accionada en favor de la empresa Promotora Apongua, S.A.

Así, manifestó que el Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI), negó el registro marcario sobre la palabra “*María*”, hecho que, según afirma “(...) *no resulta idóneo ni suficiente para que la Superintendencia como autoridad de libre competencia, brinde tutela reforzada de la posición marcaria de [esas] empresas [ya que] en la actualidad solo es representativa de un tipo específico de galleta dulce, de forma redonda, que se ofrece a los consumidores en envases tubulares, con o sin individualización en paquetes. Sin embargo, ‘Procompetencia’ consideró lo contrario*”. (Agregados de la Sala).

Igualmente, manifestó que “(...) *Las personas tienden a comprar sus galletas ‘María Carabobo’ o ‘Saltines Puig’, libremente y según sus preferencias, evidenciándose que el consumidor promedio y recurrente asocia el ‘tipo’ de galleta con la marca comercial de su fabricante (...)*” y que “(...) *no existe ningún procedimiento relativo al ejercicio del derecho de exclusión de ‘Apongua’ por las galletas de tipo ‘María’, tipo ‘Soda’ y tipo ‘Saltines’, ante la autoridad de propiedad intelectual (SAPI) (sic) ni en ninguna otra instancia, por la sencilla razón que evidenciaría la pérdida rotunda de cualidad marcaria, activando de inmediato sus consecuencias jurídicas, es decir, la nulidad de las marcas por la vulgarización de su objeto de protección (...)*”.

En este sentido, es necesario advertir que la presente demanda de nulidad se interpone contra un acto administrativo dictado por la Superintendencia para la Promoción y Protección la Libre Competencia (Procompetencia), órgano técnico administrativo que regía su funcionamiento por lo dispuesto en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, publicada en la Gaceta Oficial de Venezuela Nro. 34.880 de fecha 13 de enero de 1992, cuyo objeto es “(...) *promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica*”.

Igualmente, en el artículo 29 *eiusdem* se enuncian las atribuciones otorgadas a la prenombrada Superintendencia, en los siguientes términos:

- “Artículo 29.** *La Superintendencia tendrá a su cargo la vigilancia y el control de las prácticas que impidan o restrinjan la libre competencia. Entre otras, tendrá las siguientes atribuciones:*
- 1) Resolver las materias que tiene atribuidas por esta Ley;*
 - 2) Realizar las investigaciones necesarias para verificar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia e instruir los expedientes relativos a dichas prácticas;*
 - 3) Determinar la existencia o no de prácticas o conductas prohibidas, tomar las medidas para que cesen e imponer las sanciones previstas en esta Ley;*
 - 4) Dictar las medidas preventivas, de oficio o a solicitud de interesados, para evitar los efectos perjudiciales de las prácticas prohibidas;*
 - 5) Otorgar las autorizaciones correspondientes en aquellos casos de excepción a que se refiere el Artículo 18 de esta Ley, siempre dentro de los límites de las normas que se dicten al efecto;*
 - 6) Proponer al Ejecutivo Nacional las reglamentaciones que sean necesarias para la aplicación de esta Ley;*
 - 7) Dictar su reglamento interno y las normas necesarias para su funcionamiento;*

8) Emitir dictamen sobre los asuntos de su competencia cuando así lo requieran las autoridades judiciales o administrativas;

9) Crear y mantener el Registro de la Superintendencia; y

10) Cualesquiera otras que le señalen las leyes y reglamentos”.

Establecido lo anterior, se observa que en el acto administrativo impugnado, la Administración hizo referencia a que constaban en el expediente los certificados electrónicos de registro emitidos por el Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual (SAPI), de los que se desprende el registro ante esa autoridad de los diseños correspondientes a los empaques de los productos galletas María Selecta, Soda y Saltines, que comercializa la licenciataria Promotora Apongua, S.A., pero sin extenderse en las consecuencias jurídicas que pudieran derivarse de ello, pues, como resulta evidente, el conocimiento y control de esa materia corresponde a un órgano administrativo distinto.

En consecuencia, las denuncias explanadas por la demandante relacionadas con la presunta “*tutela reforzada de posiciones marcarias*”, carecen de fundamento y en razón de ello esta Sala las desestima. **Así se establece.**

- De la “violación al derecho al debido procedimiento administrativo (artículo 49, numerales 3 y 4 de la CRBV)”.

Refiere la demandante que “(...) la Superintendencia accionada incurrió en “A): violación al principio de imparcialidad y B) violación al principio del juez natural, derivado de la inobservancia del artículo 22 de la LPPELC, que estatuye el mecanismo único para el nombramiento y designación del funcionario público encargado de la Sala de Sustanciación, destinatario del cargo denominado ‘Superintendente Adjunto’ (...)”.

Al respecto, agregó la actora que “(...) el Superintendente sin que hubiese un funcionario que ocupase el cargo de Superintendente Adjunto, se avocó de forma ilegal a la sustanciación del expediente, lo cual viola de forma clara el principio de imparcialidad que informan los procedimientos en materia de defensa de la competencia”.

Adicionó que “(...) no es posible justificar el error legal incurrido por el Superintendente, mediante la simple alusión a un ‘Punto de Cuenta’ en el que el Presidente de la República aparentemente aceptó la propuesta de asignar funciones al referido ciudadano Tito Zambrano, sin realizar las formalidades de ley en cuanto a la ‘designación’ mediante Decreto, debidamente publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”.

En este sentido, corresponde precisar que el derecho al debido proceso -señalado como infringido-, se encuentra previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

“Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídicas son inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación al debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.

2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.

3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad (...)”.

La normativa citada comprende la garantía al debido proceso, que está constituida por el derecho a la defensa, a la presunción de inocencia y a ser oído y que en jurisprudencia de este Alto Tribunal ha quedado sentado que el contenido esencial de dicha garantía entraña la necesidad de que todo procedimiento administrativo o jurisdiccional cumpla diversas exigencias, orientadas a mantener al particular en el ejercicio más amplio de los mecanismos y herramientas jurídicas a su alcance, con el fin de defenderse debidamente contra lo que se le imputa.

En efecto, dichas condiciones y exigencias comportan, conforme se establece en los numerales 1 y 3 del artículo 49 de la Carta Magna, la necesidad de notificar al interesado del inicio de un procedimiento en su contra, tener acceso al expediente, a ser oído, a estar asistido legalmente, a disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa, a obtener una decisión motivada, a ser informado de los recursos pertinentes y a impugnar las decisiones que se tomen en el procedimiento.

Asimismo, el derecho al debido proceso implica además, conforme lo prevé el numeral 2 del artículo 49 de la Carta Magna, el derecho que tiene toda persona a ser considerada inocente mientras no se pruebe lo contrario, cuya importancia trasciende en los procedimientos administrativos que aluden a un régimen sancionatorio, concretizado en la necesaria existencia de un procedimiento previo a la imposición de la sanción, que ofrezca las garantías al sujeto investigado y permita, sobre todo, comprobar su culpabilidad (*Vid.*, sentencias de esta Sala Nros. 1.045 y 1252 del 24 de septiembre de 2008 y 28 de octubre de 2015, respectivamente).

A los fines de determinar si se materializó la denuncia formulada por la demandante, se aprecia que mediante Resolución Nro. SPPLC/0015-2013 de fecha 7 de agosto de 2013, el Superintendente para la Promoción y Protección de la Libre Competencia se avocó al procedimiento administrativo sancionatorio iniciado contra la sociedad mercantil C.A. Galletera Carabobo.

En este sentido, el artículo 41 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008, aplicable *ratione temporis*, establece lo siguiente:

“Avocación

Artículo 41. La Presidenta o Presidente de la República, la Vicepresidenta Ejecutiva o Vicepresidente Ejecutivo, las ministras o ministros, las viceministras o viceministros, las gobernadoras o gobernadores, las alcaldesas o alcaldes y los superiores jerárquicos de los órganos y entes de la Administración Pública, así como las demás funcionarias o funcionarios superiores de dirección, podrán avocarse al conocimiento, sustanciación o decisión de un asunto cuya atribución corresponda ordinariamente o por delegación a sus órganos jerárquicamente subordinados, cuando razones técnicas, económicas, sociales, jurídicas o de interés público lo hagan necesario. La avocación se realizará mediante acto motivado que deberá ser notificado a los interesados”.
(Negrillas de la Sala).

De la lectura de la norma transcrita se aprecia la posibilidad de que un órgano administrativo jerárquicamente superior a otro se avoque al conocimiento de un asunto que le estuviere atribuido al subordinado, cuando razones de índole técnica, económica, social, jurídica o de interés público lo justifiquen.

Igualmente es necesario destacar, que tal avocamiento se trata de una suerte de sustitución legal del órgano naturalmente competente, que de conformidad con la ley debe ser motivada y notificada a los interesados y las interesadas en el procedimiento. (*Vid.*, sentencias de esta Sala Nros. 116 y 1282 del 3 de febrero de 2010 y 22 de noviembre de 2017, respectivamente).

Por otro lado, considera esta Alzada que, aun cuando tanto el Superintendente como su Adjunto son designados por el Presidente de la República, y no obstante el segundo tiene a su cargo la Sala de Sustanciación, existe entre ambos una relación jerárquica, entre tanto el Adjunto recibe instrucciones del Superintendente (*Vid.*, artículos 5.d y 6 del Reglamento Interno de la Ley para la Promoción y Protección de la Libre Competencia y sentencia de esta Sala Nro. 01282 del 22 de noviembre de 2017).

En este sentido, se observa que la avocación se produjo en razón de la falta absoluta del Superintendente Adjunto del órgano técnico administrativo, y que la misma se realizó mediante acto motivado, por cuanto en la Resolución Nro. SPPLC/0015-2013 de fecha 7 de agosto de 2013, el Superintendente para la Promoción y Protección de la Libre Competencia indicó que “(...) *es un deber de la Administración Pública garantizar a los administrados una respuesta adecuada y oportuna a sus peticiones, así como garantizarles el derecho a la defensa y debido proceso en cada uno de los Procedimientos Administrativos sancionatorios, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 49 y 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...) visto que toda actuación de la Administración Pública debe estar regida por los principios generales de eficacia, celeridad, imparcialidad y simplicidad, entre otros (...)*”. (Sic).

En razón de las consideraciones que anteceden, este Órgano Jurisdiccional estima que no se patentiza la “*violación al derecho al debido procedimiento administrativo (artículo 49, numerales 3 y 4 de la CRBV*”; en consecuencia, tal denuncia se desestima. **Así se determina.**

- Del vicio de falso supuesto de hecho.

Indicó la demandante que “(...) *el error de percepción en el que incurre ‘Procompetencia’ es afirmar que los diseños de ‘Carabobo’ y ‘Puig’ son similares. No son similares, y tal realidad se desprende del propio análisis de la Administración*”.

Destacó que no existe imitación o simulación de los empaques y mucho menos “(...) *confusión en los consumidores, (...) la realidad permite comprobar que hay más de las 4 diferencias que percibió la Superintendencia (...). No comprueba ‘Procompetencia’ la afirmada imitación del producto, porque no existe tal realidad. De igual modo, no se extrae del expediente administrativo ningún elemento probatorio que permitan (sic) demostrar algún riesgo de confusión. Mientras, las diferencias entre empaque rebasan las similitudes y las similitudes se refieren a elementos y rasgos básicos, no protegibles con exclusivas ni monopolizables, como lo son los colores primarios, las formas y las fotos naturales del producto empaquetado*”.

Enfatizó que “(...) *la autoridad de libre competencia anuncia ‘posibilidades de confusión’, sin siquiera contar con algún elemento probatorio de tal situación y partiendo de la premisa errada de la comparación realizada en el texto de la Resolución (...)*”.

Añadió que “(...) [su] *representada ‘Carabobo’, identifica el contenido de los empaque de galletas con las palabras exactas que se corresponden con el tipo de producto elaborado. Así, las galletas ‘María’, tipo ‘Soda’ y tipo ‘Saltín’ o ‘Saltines’, refieren a recetas específicas para dar lugar a la elaboración de una galleta con formas, sabores y colores específicos y derivados naturalmente de su proceso productivo*”. (Agregado de la Sala).

Señaló que “(...) *las fotografías de los productos no pueden constituirse en marcas comerciales ni en signos distintivos, toda vez que representan generalidades no apropiables desde la perspectiva intelectual e industrial. Las galletas ‘María’, redondas y planas, normalmente tostadas de colares variables del marrón, son representativas e*

identifican de manera inmediata y directa a este tipo de alimento. De la misma forma, las galletas de ‘Soda’ y las galletas ‘Saltines’, rectangulares y planas, normalmente tostadas de colores variables del beige, también identifican tales productos”.

Precisados los términos de la denuncia planteada, esta Sala observa que conforme a jurisprudencia reiterada el vicio de falso supuesto de hecho se materializa “(...) cuando la Administración al dictar un determinado acto fundamenta su decisión en hechos inexistentes, falsos o que ocurrieron de manera distinta a la apreciación efectuada por el órgano administrativo de que se trate (...)”. (Vid., sentencia de este Órgano Jurisdiccional Nro. 00400 del 4 de julio de 2017).

Ahora bien, para una mejor comprensión del caso, se estima necesario enunciar los hechos que dieron lugar a la decisión administrativa hoy impugnada.

Así tenemos que en fecha 12 de agosto de 2011 los apoderados judiciales de la sociedad mercantil Promotora Apongua, S.A., previamente identificada, acudieron ante la entonces Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, a objeto de interponer una denuncia contra la empresa C.A., Galletera Carabobo, por la presunta realización de prácticas anticompetitivas tipificadas en los artículos 8 y 17, ordinal 3° de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, aplicable *ratione temporis*.

Posteriormente, y luego de la promoción y evacuación de los medios probatorios que consideraron pertinentes las partes en sede administrativa para acreditar sus alegaciones de hecho, se dictó la Resolución Nro. SPPLC/0034-2013 de fecha 27 de diciembre de 2013, en la cual determinó que existía simulación respecto al diseño de los empaques utilizados por la empresa denunciante para los productos “Galleta tipo MARÍA”, “Galletas de SODA” y “Galletas SALADAS (SALTINES y SALTÍN)”, por parte de la compañía denunciada, lo que “(...) pudiera generar confusión entre los consumidores a la hora de elegir una de las marcas específicas según sea el gusto y las preferencias de los mismos”.

La acreditación de la anterior situación, conllevó a que la Superintendencia accionada considerara que la empresa C.A., Galletera Carabobo había incurrido en la práctica contraria a la libre competencia tipificada en el ordinal 3° del artículo 17 de la prenombrada ley y; en consecuencia “(...) con base en las potestades de policía administrativa que posee para restaurar el orden público económico, según lo establecido en los ordinales 1°, 2° y 3° del Parágrafo Primero del artículo 38 [eiusdem] (...)”, dictó una serie de órdenes, que perseguían la cesación de la práctica desleal presuntamente realizada y el restablecimiento del orden público económico. (Agregado de la Sala).

No obstante, el apoderado judicial de la sociedad mercantil C.A., Galletera Carabobo, alega que los diseños de su representada y los de la compañía Promotora Apongua, S.A., no son similares y que no existe en el expediente medio probatorio alguno que permita comprobar la afirmación de la Administración atinente a que existe riesgo de confusión en los consumidores.

En ese orden, agrega que “Es un exceso palpable de ‘Procompetencia’ pretender que sea solo ‘Apongua’ y ‘Puig’, los que bajo condiciones monopólicas fabriquen y vendan galletas dulces redondas elaboradas con la receta del tipo ‘María’ empaquetadas en tubos, así como las galletas rectangulares saladas elaboradas con las recetas de los tipos ‘Soda’ y ‘Saltines’, empaquetadas en las transparencias, haciendo que el resto de los agente económicos del sector fabriquen galletas del tipo ‘María’, ‘Soda’ y ‘Saltines’ diferentes, por ejemplo triangulares y con otras recetas”.

Señalado lo que antecede, se reitera en esta ocasión que la simulación de productos que legamente se reputa como desleal, se encuentra contenida en el referido artículo 17, ordinal 3° de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la

Libre, en los siguientes términos:

“Artículo 17. Se prohíbe el desarrollo de políticas comerciales que tiendan a la eliminación de los competidores a través de la competencia desleal y, en especial, las siguientes:

(...)

3º El soborno comercial, la violación de secretos industriales y la simulación de productos”.
(Resaltado de la Sala).

Así, conforme lo ha establecido esta Sala en decisiones anteriores, con la práctica de simulación de producto el transgresor se aprovecha indebidamente de la reputación y el prestigio alcanzado por otro agente comercial a lo largo del tiempo y que responde a factores como la calidad del producto y la estrategia comercial para dar a conocer el bien y su origen, por lo que afecta en sí a las marcas de un posicionamiento sostenido en el mercado.

Igualmente, resulta necesario enfatizar que el enunciado de la norma *in commento*, prohíbe todas aquellas conductas empresariales que “*tiendan*” a la eliminación de los competidores, es decir, no se precisa que el daño, que en este caso sería la efectiva exclusión del productor, se haya logrado, pues basta con que los efectos perjudiciales de la práctica anticompetitiva puedan materializarse a futuro, a consecuencia de seguirse ejerciendo la infracción sin la debida atención y sanción por parte del órgano de técnico administrativo con competencia en la materia.

Ahora, para que se verifique tal situación, el bien que introduzca una empresa al mercado debe tener los mismos o similares signos distintivos de otro producto de la competencia, entendiendo éstos como aquellos elementos aprehensibles por los sentidos y que sirven para identificarlo. (*Vid.*, sentencias de esta Sala Nros. 1735 y 004020 del 31 de octubre de 2007 y 4 de julio de 2017, respectivamente).

De este modo a los fines de determinar la existencia de dicha práctica prohibida, será necesario analizar el grado de similitud, pues mientras más parecidos sean sus signos distintivos mayor será el riesgo de confusión en el consumidor.

Igualmente, al analizar si un agente económico incurre en la práctica prohibida de simulación de producto, debe tomarse en cuenta el género al cual pertenece, pues existen signos distintivos que le son comunes a productos de un mismo tipo, ello por ejemplo para facilitar su empaquetamiento o por beneficios para su conservación.

Por otra parte, este Órgano Jurisdiccional en sentencia Nro. 00252 del 28 de marzo de 2012 señaló que la posibilidad de que los consumidores puedan ser confundidos en cuanto a la elección del producto debe ser probada en el expediente, para de esta forma determinar el daño real o potencial que se pudiera ocasionar al mercado con el despliegue de la conducta desleal.

En el presente caso, esta Máxima Instancia para verificar la existencia de la similitud de los empaques apreciada por la Administración y refutada por la empresa demandante, considera necesario comparar los mismos y referirse a las pruebas que cursan en el expediente, ya que son el sustento de la decisión administrativa.

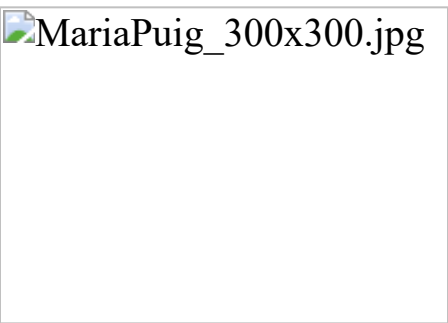
A) Con relación al empaque de las “Galletas tipo MARÍA”.

Para decidir, esta Sala considera oportuno reproducir las siguientes ilustraciones que rielan en los autos, y que corresponden a los empaques del producto “*Galletas tipo MARÍA*”, que producen las empresas Promotora Apongua, S.A. (ilustración A) y C.A., Galletera Carabobo (ilustración B):

Ilustración A



Ilustración B



Similitudes:

1. En ambos empaques predominan los colores azul y blanco.
2. Igualmente, en los dos empaques el logo de la empresa que los produce es de color rojo.
3. Por otra parte, en ambos contenedores se observa la fotografía de su contenido, es decir, la galleta tipo María.
4. La palabra “MARÍA” en mayúsculas, es de color blanco, con fondo azul, en los dos casos.
5. El borde de la galleta, así como el tipo de fuente utilizado para escribir la palabra “MARÍA” es similar en las fotografías del producto que se muestran en los dos empaques en conflicto.

Diferencias:

1. Tal como lo apreció la Superintendencia accionada, el diseño del envoltorio de la marca Puig, se basa en cuadrados intercalados de color azul y blanco; mientras que el envase de la marca Carabobo presenta un solo rectángulo de color azul y el resto es de color blanco.
2. El logo que identifica a la Marca Puig es circular; por el contrario el correspondiente a la marca Carabobo es rectangular con una pequeña alteración en el centro de la parte inferior.
3. La foto del producto galleta tipo María del empaque de la sociedad mercantil Promotora Apongua, S.A., se encuentra dispuesta en varios cuadrados de color blanco, siendo que para el caso de al demandante, se trata de varias galletas superpuestas.

Ahora bien, a simple vista ambos empaques presentan grandes similitudes que pudieran generar confusión en los consumidores, pues los signos distintos más relevantes en los dos casos son los mismos: los colores azul y blanco, la fotografía de las galletas, el color rojo para distinguir la marca y la palabra “MARÍA”, en mayúsculas y de color blanco.

Ello -a juicio de este Alto Tribunal- fue lo que conllevó a que la referida Superintendencia concluyera -correctamente- que “(...) solo un consumidor muy acucioso puede detectar las diferencias contenidas en [los contenedores de las galletas] (...) [por lo que consideró] (...) que la empresa C.A., GALLETERA CARABOBO, con el diseño del empaque de su producto incurre en una conducta que puede generar confusión indirecta (...)”. (Agregados de la Sala).

Así, se advierte que riela a los folios 42 al 66 de la pieza Nro. 3 del expediente, el “Test de Marca y Empaque para María, Soda y Saltines Puig”, elaborado por la empresa Focus Group, C.A., el cual a través de una metodología cuantitativa y basado en entrevista en hogares con muestras de imágenes de los empaques en conflicto, reveló entre otros aspectos, que “(...) cerca del 40% de los consumidores podrían confundir el empaque para María Puig y 30% para Soda Puig”. En el

caso de las galletas tipo Saltín, el estudio señaló que el diecinueve por ciento (19%) de los consultados afirmó que ambos contenedores pertenecen a la misma marca. Asimismo, en cuanto a la evaluación del producto, de la muestra se logró determinar que “(...) Carabobo agrupa en los tres tipos de galletas menciones negativas, especialmente en los atributos de la marca”.

En sintonía con lo anterior, el análisis antes mencionado destacó que “(...) Galletas Carabobo genera con sus empaques hasta un 40% de confusión por su parecido con los empaques de Puig, siendo María el que más semejanzas presenta. Galletas Carabobo presenta atributos negativos que pueden afectar, por la confusión, a la marca Puig”.

Igualmente, corre inserto a los folios 175 al 178 de la Pieza Nro. 3 expediente el informe rendido por el ciudadano Antonio Marrero Serpa, titular de la cédula de identidad Nro. 10.333.173, en su condición de experto designado por el Juzgado de Sustanciación de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en el que se señala que las similitudes del empaque de la empresa C.A., Galletera Carabobo, con relación al perteneciente a la compañía Promotora Apongua, S.A., “(...) indican visiblemente la copia de la marca”.

También riel a los folios 183 al 190 el informe consignado por el ciudadano Daniel Alberto Fonseca, titular de la cédula de identidad Nro. 6.917.221, en su carácter de experto designado por la empresa denunciante en sede administrativa, con sus respectivos anexos, en el que se indicó “(...) la disposición de los colores en cada uno de los empaques imitadores (María Carabobo, Soda Carabobo, Saltín), causan una confusión directa en el consumidor al momento de elegir uno de los productos, pero es práctica publicitaria para persuadir al consumidor y usar los atributos de una marca en un mercado para persuadir que otra se filtre y pueda obtener proyección de ventas y reconocimiento (...)”. Asimismo, en el anexo correspondiente al sondeo realizado el día 28 de mayo de 2016, se dejó constancia que el sesenta por ciento (60%) de los encuestados manifestó comprar por error los productos estudiados en el procedimiento administrativo.

Por otra parte, se aprecia que a los folios 212 al 235 se encuentra el informe consignado por el ciudadano Moisés Useche, titular de la cédula de identidad Nro. 12.973.884, actuando con el carácter de experto de la sociedad mercantil C.A., Galletera Carabobo, en el cual expone que “(...) el empaque cuestionado (...) al ser estudiado en su morfología de creación de objetos, diagramación de elementos, aspectos cromáticos y evaluación semiótica de los elementos que conforma el diseño, no representan en forma alguna una búsqueda de emulación del empaque de Galletas María Puig”.

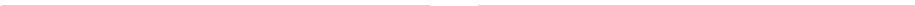
Ahora bien, luego de analizar comparativamente los empaques en conflicto para el producto galletas tipo María, y una vez observados los medios probatorios cursantes en autos, este Alto Tribunal concluye, como lo hizo el órgano técnico administrativo, que existe simulación de éste por parte de la empresa denunciada en sede administrativa respecto al envoltorio perteneciente a la denunciante, lo que conlleva a la posibilidad que los consumidores se confundan al momento de elegir el producto de su preferencia . **Así se decide.**

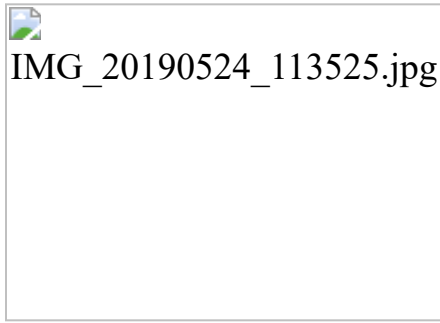
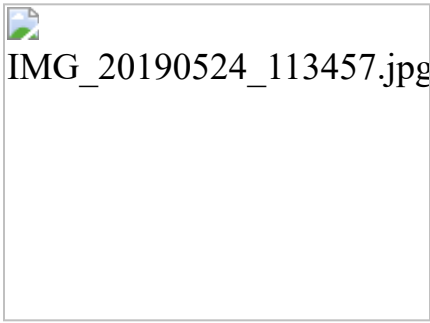
B) Con relación al empaque de las “Galletas tipo SODA”.

En el expediente (folios 225 y 256 de la pieza Nro. 1) reposan los empaques de las galletas tipo Soda, que producen las empresas Promotora Apongua, S.A. (ilustración A) y C.A., Galletera Carabobo (ilustración B), los cuales se reproducen a continuación a los fines de su evaluación:

(Ilustración A)

(Ilustración B)





Similitudes:

1. En ambos empaques predominan los colores azul y rojo.

2. Las palabras “*Galletas*” y “*Soda*” son de color blanco sobre un fondo azul, con una orientación hacia la esquina superior derecha.

3. En los dos casos el resto de los contenedores es transparente.

4. El logotipo de las dos marcas es de color rojo con letras blancas y se ubican en la esquina superior izquierda.

Diferencias:

1. En el empaque de las galletas tipo Soda que produce Promotora Aponguaio, S.A., la frase “*Galletas Soda*” ocupan una misma línea, siendo que en el de C.A., Galletera Carabobo, las palabras “*Galleta de*” se encuentran en una línea y la palabra “*SODA*”, en otra línea inferior.

2. El tamaño de la caligrafía para indicar el nombre del producto es diferente en ambos empaques.

3. En el empaque de la empresa presuntamente simulada se observan pequeños recuadros de color azul y rojo y líneas rojas, inexistentes en el contenedor de la compañía C.A., Galletera Carabobo.

Ahora bien, en el “*Test de Marca y Empaque para María, Soda y Saltines Puig*” que riel a los folios 42 al 66 de la pieza Nro. 3 del expediente, elaborado por la empresa Focus Group, C.A., se dejó constancia que un treinta por ciento (30%) consumidores podrían confundir el empaque de la empresa denunciada en sede administrativa para el producto galletas tipo Soda, con el de la empresa Promotora Aponguaio, S.A.

A su vez, en el informe presentado por el ciudadano Héctor Antonio Marrero Blanco, previamente identificado, en su condición de experto designado por el Juzgado de Sustanciación de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, se indicó que:

“(…) *los siguientes puntos indican visiblemente la copia de marca:*

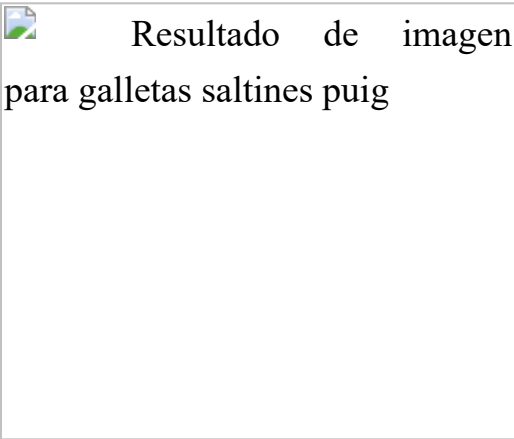
- *Los colores usados son a la vista idénticos (Blanco, Azul y Rojo).*
- *La marca destacada en Galletas Soda y Galletas de Soda es idéntica en ambos casos sin importar la extensión de la misma (...).*
- *La disposición de los elementos como los logos y los fondos y la inclinación de los textos es igual.*
- *Los empaques son similares en cuanto a tamaño y presentación”.*

En contraste con lo anterior, en el escrito presentado por el ciudadano Moisés Useche, antes identificado, en su carácter experto designado por la sociedad mercantil C.A., Galletera Carabobo, se indicó que “(...) *el empaque cuestionado (empaquete de Galletas de Soda Galletera Carabobo), al ser estudiado en su morfología de creación de objetos, diagramación de elementos, aspectos cromáticos y evaluación semiótica de los elementos que conforman el diseño, no representan en forma alguna una búsqueda de emulación del empaque de Galletas Soda Puig*”.

No obstante, del análisis en conjunto de los elementos más resaltantes de ambos empaques y de las pruebas que cursan en el expediente es posible concluir, tal como lo hiciera la Superintendencia al emitir el acto administrativo impugnado, que existen similitudes entre los envoltorios del producto galletas tipo Soda que pudieran inducir a confusión a los consumidores al momento de su elección, ello como consecuencia de asociar a una misma empresa los bienes que producen y ofrecen las sociedades mercantiles en disputa. **Así se dispone.**

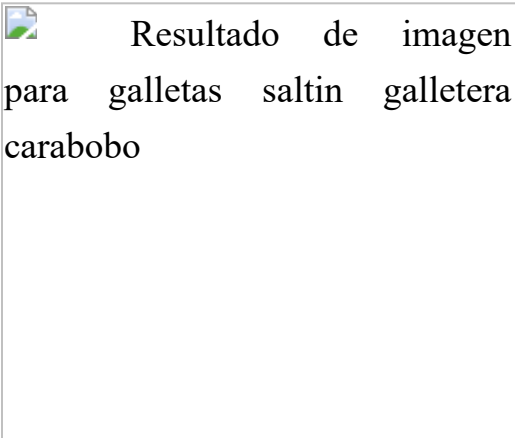
C) Con relación al empaque de las “Galletas tipo Saltín Saltines”.

En la Resolución objeto de impugnación, la Administración Pública concluyó respecto a los envoltorios de las galletas tipo Saltín y Saltines que producen las empresas en conflicto, que “(...) *existen similitudes en colores y nombre, que pudieran generar en el consumidor confusión a la hora de decidir la compra en los anaqueles de cualquier punto de venta*”; de manera que a fin de determinar si tal hecho fue correctamente apreciado por la Superintendencia accionada, corresponde proceder al análisis comparativo del empaque que utiliza la compañía Promotora Apongua, S.A., (ilustración A), con el que produce la sociedad mercantil C.A., Galletera Carabobo, (ilustración B):



(Ilustración A)

(Ilustración B)



Similitudes:

1. En ambos empaques los colores predominantes son el azul, el rojo y el blanco.
2. Las palabras que distinguen al producto, es decir, Saltines y Saltín se presentan en color blanco con el borde de color azul.
3. El logotipo de las empresas que producen las galletas se presenta utilizando los mismos colores, es decir, rojo y blanco ubicándose en la esquina superior izquierda.
4. Ambos empaques presentan transparencias que permiten observar su contenido.
5. La distinción del producto en ambos envoltorios es simular, toda vez que en el caso de Promotora Apongua, S.A., se utiliza la palabra en plural “*Saltines*”, mientras que para el caso de C.A., Galletera Carabobo, la denominación es en singular “*Saltín*”.

Diferencias:

1. En el caso del envoltorio correspondiente a galletas “*Saltines*”, la transparencia se presenta en forma rectángulo en el centro de éste, y el resto es de color azul oscuro; en contraste, en el caso de galletas “*Saltín*”, la transparencia ocupa la mayor parte del empaque, con efecto envolvente.
2. La presentación de las marcas de las empresas es en un caso circular, y en el otro rectangular con una alteración en la parte inferior.

Señalado lo anterior, y a los fines de determinarse el grado de similitud existente entre ambos empaques y el efecto que tal situación puede generar en el público consumidor, se aprecia que en el expediente rielan los siguientes medios probatorios:

Cursa a los folios 42 al 66 de la pieza Nro. 3 del expediente, el “*Test de Marca y Empaque para María, Soda y Saltines Puig*”, elaborado por la empresa Focus Group, C.A., en el cual se dejó establecido que 2 de cada 10 consumidores confunden los empaques de los productos galletas Saltín y Saltines.

En cuanto al informe presentado por el experto Héctor Antonio Marrero Serpa, antes identificado, que riel a los folios 174 al 178 de la pieza Nro. 3 del expediente, se advierte que en el mismo se indicó que

“(…)

- *Los colores usados son a la vista idénticos (Blanco, Azul y Rojo).*
- *La marca destacada en Galletas Saltines y Galletas Saltín son totalmente diferentes aunque pueda haber alguna similitud en la marca el tratamiento es diferente.*
- *La disposición de los elementos como los logos y los fondos y la inclinación de los textos es totalmente diferente.*
- *Los empaques son similares en cuanto a tamaño y presentación se refiere pero diferentes en imagen de marca”.*

Igualmente, en el informe consignado por el ciudadano Daniel Alberto Fonseca, en su carácter de experto designado por la sociedad mercantil Promotora Apongua, S.A., basado en una “*investigación de campo y documental*”, se dejó establecido que ante la pregunta “*Diga ud. Es la misma Galletas Maria / Saltines / Galletas Soda Puig de siempre (...) 6 de cada 10 personas dicen haberlas comprado por error y otras 2, de cada 10, dicen saber que es una imitación. El consumidor que plenamente perjudicado*”. (Sic). (Ver, folios 183 al 190 de la pieza Nro. 3 del expediente).

Finalmente, se advierte que a los folios 211 al 235 riel el escrito presentado por el ciudadano Moisés Useche, *supra* identificado, en el que se señala que “*el experto en el área de diseño gráfico determina que el empaque cuestionado (empaque de Saltín C.A., Galletera Carabobo) al ser estudiado en su morfología de creación de objetos, diagramación de elementos, aspectos cromáticos y evaluación semiótica de los elementos que conforman el diseño, no representa en forma alguna una búsqueda de emulación del empaque de Galletas Saltines Puig*”.

Llegados a este punto, luego del análisis comparativo de los empaques correspondientes a las Galletas Saltines de Promotora Apongua, S.A. y Saltín de la C.A., Galletera Carabobo, este Alto Tribunal determina que existen elementos en ellos que, pudieran generar confusión en los consumidores del producto, por cuanto los aspectos más resaltantes en ambos, esto es, el uso de los colores azul, rojo y blanco, en conjunto con la transparencia de gran parte de los envoltorios, podría

conllevar a que éstos asuman que dichos bienes de consumo tiene un origen empresarial común; no obstante de tenerse presente que el grado de confusión que se genera en este último caso, es inferior al que se determinó respecto a las galletas tipo María y tipo Soda, previamente analizados. **Así se establece.**

Con fundamento en las anteriores consideraciones, esta Sala determina que, contrariamente a lo sostenido por la parte demandante, en el caso de autos sí existe simulación de los empaques de los productos galletas tipo María, Soda y Saltines que produce la empresa Promotora Apongua, S.A, por parte de los elaborados por la sociedad de comercio Galletera Carabobo, C.A., lo cual genera una alteración en el orden público económico, por cuanto los consumidores forman parte del mercado y son sujetos de protección de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, a tenor de lo establecido en el artículo 1 de este cuerpo normativo, vigente para el momento de interponerse la denuncia en sede administrativa.

La anterior situación se constata no solo de la comparación de los envoltorios en conflicto realizado por este Órgano Jurisdiccional, sino también de las pruebas cursantes en el expediente, de las que se extrae que para el caso de galletas tipo María, la confusión de los consumidores alcanza hasta un cuarenta por ciento (40%); en el supuesto de galletas tipo Soda hasta un treinta por ciento (30%) y; para galletas Saltines, hasta un diecinueve por ciento (19%); en consecuencia, los alegatos expuestos como sustento del vicio de falso supuesto de hecho deben ser desechados. **Así se declara.**

- Vicio de falso supuesto de derecho.

Al respecto, manifestó la representación judicial de la demandante que “(...) *la norma contenida en el ordinal 3º del artículo 17 de la LPPELC (sic), plantea la exigencia de tres (3) supuestos concurrentes [los cuales] (...) son: 1.- Que el presunto infractor sea susceptible de desarrollar actividades económicas; 2.- Que la actividad sea esencialmente desleal, y; 3.- Que la actividad denunciada cause o sea capaz de causar daños en el mercado. Según la modalidad o naturaleza de determinados actos es suficiente un efecto potencial*”. (Agregado de la Sala).

Mencionó que “*Paradójicamente ‘Procompetencia’ a pesar de haber concluido la inexistencia del tercer requisito de procedencia concurrente, anunciado en la narrativa del acto recurrido, relativo a la afectación de uno o más competidores con su conducta para que ésta pueda ser considerada ‘desleal’ en los términos de la LPPELC (sic), se aventura a afirmar y dar por sentado que ha sido “...determinada la conducta desleal por parte de la empresa C.A. GALLETERA CARABOBO..., situación ésta que evidencia una incursión en el vicio de falso supuesto de derecho (...)*”.

Adicionó que “(...) *no hay daño ni actual ni potencial por elaborar y comercializar galletas dulces y saladas, tipo ‘María’, ‘Soda’ y ‘Saltines’, en sus empaques, que pueden tener aspectos básicos similares con el resto de los empaques de galletas de estos tipos (...) [por lo tanto] la Superintendencia materializó la aplicación de una norma legal (ordinal 3º del artículo 17 de la LPPELC), activando su consecuencia jurídica (declaratoria de competidor desleal sobre ‘Carabobo’), sin cumplirse todos los requisitos concurrentes exigidos para la procedencia del supuesto desleal (...)*”. (Agregado de la Sala).

Con relación al falso supuesto de derecho, esta Sala ha señalado que el mismo se patentiza cuando los hechos que dan origen a la decisión administrativa existen, se corresponden con lo acontecido y son verdaderos, pero la Administración al dictar el acto los subsume en una norma errónea o inexistente en el universo normativo, o cuando se abstiene de aplicar una norma vigente al caso sometido a su conocimiento, defecto que acarrea la anulabilidad el acto. (*Vid.*, sentencias de este Órgano Jurisdiccional Nros. 138 y 01365 de fechas 4 de febrero de 2009 y 6 de diciembre de 2016, respectivamente).

Ahora bien, previamente se ha señalado que la simulación de productos como práctica de competencia desleal, se encuentra prohibida por el ordinal 3° del artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, vigente en razón del tiempo, ya que dicho cuerpo normativo procura la existencia de una competencia comercial armónica dentro de un mercado en el cual los bienes y servicios sean perfectamente identificables por los consumidores en cuanto a su contenido, calidad y origen empresarial.

En atención a ello, debe resaltarse, tal como se explicó precedentemente, que con la práctica de simulación de productos el transgresor se aprovecha indebidamente de la reputación y prestigio ajeno, a través de la confusión de los consumidores quienes asocian incorrectamente las marcas, el posicionamiento y el prestigio de la compañía imitadora con relación a la empresa que está siendo imitada.

Por otra parte, para que se verifique la simulación de un producto, el bien que introduzca un competidor al mercado debe tener los mismos o similares signos distintivos de otro producto de la competencia, entendiendo éstos como aquellos elementos aprehensibles por los sentidos y que sirven para identificarlo. De esta manera, mientras más parecidos sean sus signos distintivos mayor será el riesgo de confusión en el consumidor.

Ahora bien, en la Resolución Nro. SPPLC/0034-2013 del 27 de diciembre de 2013 dictada por la Superintendencia accionada, luego del análisis comparativo de los empaques para las galletas tipo María, Soda y Saltines que producen las empresas en conflicto y del estudio de los elementos de convicción cursantes en el expediente, se determinó que “(...) *la empresa C.A. GALLETERA CARABOBO, ha incurrido en la práctica contraria a la Libre Competencia tipificada en el ordinal 3° del artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, referente a la simulación de productos*”.

En este sentido, la Superintendencia demandada comprobó, tal como posteriormente lo realizó esta Máxima Instancia al pronunciarse respecto a la denuncia de falso supuesto de hecho, que para el caso de las galletas tipo María, la confusión de los consumidores alcanza hasta un cuarenta por ciento (40%); en el supuesto de galletas tipo Soda hasta un treinta por ciento (30%) y; para galletas Saltines hasta un hasta un (19%); según se observa del “*Test de Marca y Empaque para María, Soda y Saltines Puig*”, elaborado por la empresa Focus Group, C.A., en el se determinó además, que “*Carabobo agrupa en los tres tipos de galletas menciones negativas, especialmente en los atributos de la marca*”.

Igualmente, en el informe consignado por el ciudadano Daniel Alberto Fonseca, en su carácter de experto designado por la sociedad mercantil Promotora Apongua, S.A., basado en una “*investigación de campo y documental*”, se dejó establecido que de seis de cada diez personas afirmaron comprar por equivocación los productos en conflicto, y que solo dos de cada diez declararon tener conocimiento de que se trata de productos elaborados por sociedades mercantiles distintas. (Ver, folios 183 al 190 de la pieza Nro. 3 del expediente).

Ello así, comprobada la simulación de productos en el presente caso y la alteración del orden público económico, la entonces Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia), con base en la potestad de policía administrativa que detenta, dictó las siguientes órdenes:

“VII. (sic) ÓRDENES

(...) según lo establecido en los ordinales 1°, 2° y 3° del Parágrafo Primero del artículo 38 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, y los principios de proporcionalidad y racionalidad exigidos a la Administración, de conformidad con el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, ORDENA:

1. *Se ordena a la empresa **C.A. GALLETERA CARABOBO**, cesar de inmediato en la realización de la práctica restrictiva de la libre competencia contenida en el ordinal 3° del artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia referente a la simulación de los productos MARIA Selecta Galletas, Galleta de SODA y SALTINES*
2. *Se ordena a la empresa **C.A. GALLETERA CARABOBO**; abstenerse de comercializar el producto galleta MARIA La Tradicional, Galletas de SODA y Saltines con las características que su envase presente actualmente en el mercado y, para la comercialización de dichos productos, deben modificar sus características distintivas.*
3. *Se ordena a la empresa **C.A., GALLETERA CARABOBO**, retirar los productos identificados galleta MARIA La Tradicional, Galletas de SODA y Saltines de los distintos establecimientos en los que están siendo comercializados.*
4. *Se ordena monitorear el cumplimiento de las presentes órdenes, a través de la Dirección de Investigación y Fomento de esta Superintendencia (...), en un lapso no mayor a tres (3) meses (...). (Sic).*

No obstante, la representación judicial de la parte demandante afirma que el órgano técnico administrativo demandado procedió a aplicar el ordinal 3° del artículo 17 de la Ley para la Promoción y Protección del Ejercicio de la Libre Competencia “(...) *a pesar de haber concluido la inexistencia del tercer requisito de procedencia concurrente, (...) relativo a la afectación de uno o más competidores*”.

Al respecto, debe reiterarse que los requisitos a que alude la parte demandante no se encuentran establecidos en la ley ni se derivan de su texto, verificando esta Sala -como ya fue señalado en líneas anteriores- que el enunciado de la norma *in commento*, prohíbe todas aquellas conductas empresariales que “*tiendan*” a la eliminación de los competidores, bastando con que los efectos perjudiciales de la práctica anticompetitiva puedan materializarse a futuro, a consecuencia de seguirse ejerciendo la infracción sin la debida atención y sanción por parte del órgano técnico administrativo con competencia en la materia.

De manera que, se insiste, los requisitos a que alude la accionante, así como su pretendida concurrencia forman parte de la denominada doctrina administrativa del órgano de policía administrativa, mediante los cuales orienta y fundamenta sus pronunciamientos.

Por otra parte, debe advertirse que el artículo 1° de la prenombrada ley dispone lo siguiente:

“Artículo 1. Esta Ley tiene por objeto promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica”. (Negrillas de la Sala).

De acuerdo al dispositivo legal antes transcrito, los productores y los **consumidores** son sujetos de protección de la Superintendencia para Promoción y Protección del Ejercicio de la Libre Competencia, hoy Superintendencia Antimonopolio, a través de la vigilancia y control de las prácticas que impidan o restrinjan una competencia justa donde se tutelen por igual los derechos de quienes participan en el mercado, todo lo cual encuentra fundamento en las atribuciones otorgadas a ese órgano por el artículo 29 de la ley vigente para el momento en que ocurrieron los hechos, actualmente artículo 28 de la Ley Antimonopolio.

Establecido lo anterior, se observa que si bien la Administración Pública determinó que “(...) *no hubo afectación en el mercado, producto de la conducta desleal por parte de la empresa C.A. GALLETERA CARABOBO, en los mercados relevantes ut supra definidos, por cuanto (...) quedó demostrado el liderato que mantiene la licenciataria de PROMOTORA APONGUAO, S.A., es decir, C.A., SUCESORA DE JOSÉ PUIG Y CIA (...)*”, ello no es óbice para que, determinada la simulación de productos, ejerciera su potestad de policía administrativa y restableciera el orden público económico, en atención a los derechos de los consumidores que se ven perjudicados por la realización de dicha práctica, toda vez que como se señaló en líneas anteriores, la simulación de productos fue comprobada en el presente caso, tal como se extrae de los elementos de convicción que reposan en las actas del expediente.

Es por ello que en el caso de marras se dictaron las órdenes previamente citadas, que persiguen en definitiva que los productos objeto de estudio en el procedimiento administrativo se distingan perfectamente en el mercado.

De conformidad con los anteriores planteamientos, este Alto Tribunal desecha la denuncia de falso supuesto de derecho. **Así se decide.**

Declarada la improcedencia de la totalidad de las denuncias planteadas por la parte demandante contra el acto administrativo objeto de impugnación, se impone a este Órgano Jurisdiccional declarar sin lugar la demanda de nulidad interpuesta y; en consecuencia, la firmeza de la Resolución administrativa recurrida. **Así se dispone.**

**VII
DECISIÓN**

Por las razones anteriormente expuestas, esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara:

1. DESISTIDO el recurso de apelación interpuesto por el representante judicial de la Superintendencia Antimonopolio.

2. CON LUGAR el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la sociedad mercantil Promotora Apongua, S.A., (tercero interviniente en el proceso), contra la sentencia Nro. 2017-0447 dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en fecha 25 de mayo de 2017; en consecuencia:

2.1. Se **ANULA** el referido fallo.

3. SIN LUGAR la demanda de nulidad conjuntamente con solicitud amparo cautelar y subsidiariamente medida de suspensión de efectos, incoada por la representación judicial de la compañía **C.A., GALLETERA CARABOBO**, contra la Resolución Nro. SPPLC/0034-2013 del 27 de diciembre de 2013 emanada de la **SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA (PROCOMPETENCIA)**, actualmente **SUPERINTENDENCIA ANTIMONOPOLIO**; por lo tanto, **FIRME** el acto impugnado.

Publíquese, regístrese y comuníquese. Notifíquese a la Procuraduría General de la República. Devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los dieciséis(16) días del mes de julio del año dos mil diecinueve (2019). Años 209º de la Independencia y 160º de la Federación.

La Presidenta,
MARÍA CAROLINA AMELIACH
VILLARROEL

La Magistrada,
BÁRBARA GABRIELA CÉSAR
SIERO

El Vicepresidente,
MARCO ANTONIO
MEDINA SALAS

El Magistrado - Ponente
INOCENCIO
FIGUEROA
ARIZALETA

La Magistrada,
EULALIA COROMOTO
GUERRERO RIVERO

La Secretaria,
GLORIA MARÍA BOUQUET FAYAD

En fecha diecisiete (17) de julio del año dos mil
diecinueve, se publicó y registró la anterior
sentencia bajo el N° 00463.

La Secretaria,
GLORIA MARÍA BOUQUET FAYAD