



INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES

Expediente Nro. SCPM-IGT-INICPD-040-2019

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-
INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE
PRÁCTICAS DESLEALES.-** Quito D.M., 15 de julio del 2020, las 15h15.-

VISTOS.- En mi calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-0110-2019-A, de 22 de marzo de 2019, en uso de mis facultades legales administrativas, dentro del presente proceso de investigación en lo principal indico lo siguiente:

PRIMERO: Competencia

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

"Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas una de ellas se determinará de acuerdo con la ley".

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM), establece como el objeto de la ley, entre otros, la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico, social, solidario y sostenible. (Subrayado añadido)

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

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



El primer inciso del artículo 3 de la LORCPM correspondiente al principio de primacía de la realidad determina: “Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos”.

De conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la LORCPM, a efectos de aplicar esta Ley, se determinará para cada caso el mercado relevante.

Los artículos 25 y 26 de la LORCPM, establecen que:

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

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

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

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

“[...] Artículo 26.- Prohibición.- Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios [...]”.

El artículo 27, particularmente, el numeral 1 de la LORCPM determina que:

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



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

La potestad de este órgano administrativo para conocer e iniciar una investigación, o disponer el archivo de la causa, por el posible cometimiento de prácticas desleales se fundamenta en el artículo 57 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante RLORCPM), que determina:

Art. 57.- Inicio del procedimiento por denuncia.- La denuncia podrá ser formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo.

SEGUNDO: Validez Procesal

En la tramitación del presente expediente no se ha omitido solemnidad sustancial alguna, que pueda incidir en la resolución de la causa, por lo que esta Intendencia declara su validez.

TERCERO: Antecedentes procesales que constan en el procedimiento

- La denuncia y anexos presentados por el Dr. Francisco Villacreses Real en calidad de apoderado del operador económico **BALDORÉ CÍA. LTDA.**; presentado el 3 de diciembre del 2019, las 13h42, signado con el ID de trámite 151222 por el presunto cometimiento prácticas desleales establecidas en los artículos 25, 26 y 27 numeral 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder (LORCPM), en particular, el argumento principal del denunciante versa sobre posible actos de confusión en contra del operador económico **INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA.**
- El 9 de diciembre del 2019, las 12h19, el Dr. Francisco Villacreses Real en calidad de apoderado del operador económico **BALDORÉ CÍA. LTDA.**, a través de escrito, signado con el ID de trámite 151507, mediante el cual amplió y modificó la denuncia del 3 de diciembre del 2019, las 13h42, denunciando además al Sr. **JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ** por el presunto cometimiento prácticas desleales establecidas en el artículo 27 numeral 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder (LORCPM); e, indicó que: *“El 4 de diciembre del 2019, mi representada conoció que la Agencia Nacional de Regulación y Control Sanitario ARCSA, emitió notificación sanitaria No. 9791- ALN-0516 del producto DON CASTELO a favor del señor JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ (...).*
- La providencia, de 18 de diciembre del 2019, las 10h00, mediante la cual la INICPD dispuso que el operador económico denunciante **BALDORÉ CÍA.**



LTDA., complete y aclare su denuncia, específicamente en relación a los siguientes requisitos: b); c); y, d), establecidas en el artículo 54 de LORCPM.

- El 23 de diciembre del 2019, las 15h01, el Dr. Francisco Villacreses Real en calidad de apoderado del operador económico BALDORÉ CÍA. LTDA., a través de escrito, signado con el ID de trámite 152604, aclaró y completó su denuncia de conformidad a lo dispuesto en la providencia de 18 de diciembre del 2019, las 10h00.
- La providencia de 27 de diciembre del 2019, las 09h10, mediante la cual esta Intendencia corrió traslado con el contenido de las piezas procesales constante en el expediente a los operadores económicos INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA.; y, JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ, para que en el término de 15 días presenten explicaciones.
- La providencia de 17 de enero del 2020, las 08h30, mediante la cual esta Intendencia, dispuso al operador BALDORÉ CÍA. LTDA, remita la dirección exacta del señor JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ, agregó los cuestionarios 1; 2; y, 3; y, remitió el Cuestionario Nro. 1 a la Agencia Nacional de Regulación Control y Vigilancia Sanitaria, el Cuestionario Nro. 2 Servicio Nacional de Derechos Intelectuales; y, el Cuestionario Nro. 3 a los operadores económicos BALDORÉ CÍA. LTDA.; e, INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA.
- El 17 de enero del 2020, las 10h29, el operador económico INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., a través de escrito signado con el ID de trámite 154599, solicitó una reunión, con el Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.
- El 17 de enero del 2020, las 16h50, el operador económico INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., a través de escrito y anexo, signado con el ID de trámite 154664, solicitó que certifique, la fecha en la que fue notificado el último denunciado y certifique la fecha máxima para presentar sus explicaciones; así también autorizó al Abg. Miguel Moreno para que le represente dentro de este expediente y señaló las direcciones de sus correos electrónicos.
- Copia certificada del escrito del 20 de enero del 2020, las 14h31, el operador económico BALDORÉ CÍA. LTDA., a través de escrito, signado con el ID de trámite 154786, solicitó medidas cautelares en contra del operador económico INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA.; y, el señor JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ, a los señores miembros de la COMISIÓN DE



RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA (CRPI), de la SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.

- El 20 de enero del 2020, las 14h34, el operador económico BALDORÉ CÍA. LTDA., a través de escrito, signado con el ID de trámite 154789, solicitó se notifique al señor JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ en la misma dirección de INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA.
- El 20 de enero del 2020, las 15h55, el operador económico INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., a través del escrito y anexo, signado con el ID de trámite 154824, mediante el cual, presentó su escrito de explicaciones.
- El 21 de enero del 2020, las 15h47, el operador económico INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., a través del escrito, signado con el ID de trámite 154952, desistió de la petición de la reunión de trabajo solicitada en el escrito del 17 de enero del 2020, las 10h29.
- La providencia de 22 de enero del 2020, las 09h00, esta Intendencia agregó la información solicitada a los distintos operadores económicos y dio atención a las solicitudes de los mismos.
- El 23 de enero del 2020, las 11h39, el Abg. David González Aroca en calidad de Procurador Judicial del SERVICIO NACIONAL DERECHOS INTELECTUALES, a través del escrito y anexo, signado con el ID de trámite 155158, remitió información referente al Cuestionario Nro. 2.
- El 24 de enero del 2020, las 16h17, el operador económico BALDORÉ CÍA. LTDA., a través del escrito y anexos, signado con el ID de trámite 155343, mediante el cual remitió información en referencia al Cuestionario Nro. 3.
- El 24 de enero del 2020, las 16h22, el operador económico BALDORÉ CÍA. LTDA., a través del escrito y anexos, signado con el ID de trámite 155344, mediante el cual solicitó copia de escrito de explicaciones presentado por el operador económico INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA.; y, BALDORÉ CÍA. LTDA.
- Providencia de 3 de febrero del 2020, las 09h00, esta Intendencia agregó la información solicitada a los distintos operadores económicos y dio atención a las solicitudes realizadas.
- El 07 de febrero del 2020, las 14h06, el operador económico BALDORÉ CÍA. LTDA., a través del escrito y anexos, signado con el ID de trámite 156380, remitió las repuestas en referencia al Cuestionario Nro. 3; y, solicitó copias del



escrito de explicaciones presentado por el operador económico INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA.

- El 10 de febrero del 2020, las 16h09, el operador económico INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., a través del escrito y anexos, signado con el ID de trámite 156620, mediante el cual, indicó que *“...mi representada actualmente no fabrica ni comercializaba bebidas alcohólicas, sino únicamente los envases. En el caso de RON CASTELÓ Special, la compañía a la que represento es titular de la marca sin embargo no lo comercializa ni fabrica...”*.
- Providencia de 12 de febrero del 2020, las 09h00, la INICPD, agregó y proveyó los escritos de los operadores económicos BALDORÉ CÍA. LTDA e INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA. Así también, se corrió traslado con las piezas procesales al operador económico José Marcelo Coello Gómez.
- El 13 de febrero del 2020, las 12h35 la AGENCIA NACIONAL DE REGULACIÓN Y CONTROL SANITARIO ARCSA., a través del escrito y anexos, signado con el ID de trámite 156933, remitió una matriz con información del producto “RON”; y, otros productos con la marca “DON CASTELO”.
- El 14 de febrero del 2020, las 11h53 el operador BALDORÉ CÍA. LTDA, a través del escrito y anexos, signado con el ID de trámite 157034, mediante el cual remitió información en referencia al Cuestionario Nro. 3.
- Acta de acceso al escrito de explicaciones de INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., por parte del operador económico BALDORÉ CÍA. LTDA, suscrita el 13 de febrero de 2020.
- El 19 de febrero del 2020, las 16h26, el operador económico INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., a través del escrito y anexos, signado con el ID de trámite 157490, remitió la información en referencia al Cuestionario Nro. 4. Además, solicitó copias de la información que haya remitido o remita el SENADI.
- Providencia de 26 de febrero del 2020, las 12h45, esta Intendencia agregó la información solicitada a los distintos operadores económicos, dio atención a las solicitudes de los mismos y solicitó información contenida en los cuestionarios Nro. 5 al SRI; Nro. 6 LICORES DE AMÉRICA S.A., Nro. 7 otros operadores económicos.



- El 6 de marzo del 2020, las 15h11, las 158726, el operador **WILSON ARMANDO CASTRO VINUEZA**, a través del escrito y anexos, signado con el ID de trámite 158726, mediante el cual remitió información en referencia al Cuestionario Nro. 7.
- El 5 de marzo del 2020, las 09h02, el operador económico **LICORES DE AMÉRICA S.A.**, a través del escrito y anexos, signado con el ID de trámite 158465, remitió información en referencia al Cuestionario Nro. 6.
- El 9 de marzo del 2020, las 12h22, el **SERVICIO NACIONAL DE DERECHOS INTERCULTURALES (SENADI)**, a través del escrito y anexos, signado con el ID de trámite 158934, remitió el título con denominación “DON CASTELÓ Special más logotipo”, titular **COELCEM CÍA. LTDA.**, vencimiento el 8 de noviembre de 2028.; la certificación de la resolución **SENADI_2018_RS_14052**; el título, con denominación “DON CASTELO SPECIAL”, titular **BALDORÉ CÍA. LTDA.**, vencimiento el 28 de marzo del 2029; y, la certificación del trámite **OCDI-2019-055-AN**.
- El 10 de marzo del 2020, las 16h23, **JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ**, a través del escrito y anexos, signado con el ID de trámite 159191, presentó su escrito de explicaciones.
- La providencia de 17 de marzo de 2020, mediante la cual, la esta Intendencia agregó el escrito de explicaciones y demás escritos, y puso en conocimiento de los operadores económicos la suspensión de los plazos y términos, conforme lo resuelto por el señor Superintendente mediante Resolución Nro. **SCPM-DS-2020-14**, que dispuso:

Artículo 1.- Suspender el cómputo de los plazos y términos de los procedimientos administrativos e investigativos que inicien o que se encuentren en trámite en los distintos órganos de investigación, sustanciación y resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, desde el lunes 16 de marzo 2020, inclusive, por el tiempo que dure la declaratoria de emergencia sanitaria o, se resuelva la derogatoria de la presente Resolución.

- El escrito de 05 de marzo de 2020, las 09h02, signado con Id. 158465, el operador **LICORES DE AMÉRICA** remitió la información correspondiente al cuestionario solicitado por la INICPD.
- La providencia de 8 de julio de 2020, las 12h40, la INICPD agregó escritos y puso en conocimiento de los operadores que:

Mediante resolución No. **SCPM-DS-2020-026** de 03 de julio de 2020, el señor Superintendente, resolvió:



“... Artículo 5.- Levantar la suspensión de los términos y plazos dispuesta en la Resolución No. SCPM-DS-2020-14 de 16 de marzo de 2020, de los procedimientos administrativos sancionadores relacionados con el régimen de conductas anticompetitivas tipificadas en los artículos 9, 10, 11, 25, 26 y 27 de la LORCPM, sustanciados por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales; Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas; la Intendencia Regional; y, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, conforme la siguiente planificación: a) A partir del miércoles 08 de julio de 2020, los procedimientos administrativos sancionadores que se encuentren en la fase de Barrido y la fase de Investigación Preliminar”.

- Los extractos no confidenciales realizados por la analista económica, de 13 de julio de 2020, respecto de la información remitida por los operadores: WILSON ARMANDO CASTRO VINUEZA de Id. 158726 y LICORES DE AMÉRICA S.A., de Id. 158901.
- El oficio Nro. 917012020OSTN000806, presentado por el Ing. José Almeida Hernández, SUBDIRECTOR GENERAL DE CUMPLIMIENTO TRIBUTARIO DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, el 11 de mayo del 2020, las 16h49, cargado en el expediente el día 13 de julio de 2020, signado con el ID 161974, mediante el cual, remitió información sobre las obligaciones tributarias del operador económico INDUSTRIAL COELLO & COELLO CÍA.LTDA.
- El escrito presentado por FRANCISCO VILLACRESES, en calidad de apoderado de la compañía BALDORÉ CÍA. LTDA., el 9 de julio del 2020, las 14h16, signado con el ID 164207.
- El escrito y anexo presentado por el Econ. WILSON ARMANDO CASTRO VINUEZA, el 10 de julio del 2020, las 11h35, signado con el ID 164261.
- La providencia de 13 de julio de 2020, las 16h21, mediante el cual, la INICPD agregó varios escritos de operadores económicos y dispuso realizar el extracto no confidencial a la analista económica respecto de la información remitida por el SRI.
- El extracto no confidencial realizado por la analista económica, de 14 de julio de 2020, respecto de la información remitida por el SRI con Id. 161974.
- La providencia de 15 de julio de 2020, las 10h30, mediante el cual, la INICPD agregó el extracto no confidencial realizado por la analista económica, de 14 de julio de 2020, respecto de la información remitida por el SRI con Id. 161974.



CUARTO: Determinación precisa de los investigados, su casilla judicial o el correo electrónico.-

- En calidad de denunciante: BALDORÉ CÍA. LTDA., señaló la siguiente dirección electrónica: franciscov@pluslawip.com; y, la casilla judicial 5940.
- En calidad de denunciados:

INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., señaló las siguientes direcciones electrónicas: fa.puntoactivo@gmail.com; e, industrialcoelcem@gmail.com.

JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ, señaló las siguientes direcciones electrónicas: fa.puntoactivo@gmail.com y cartagodestileria@gmail.com.

QUINTO: La conducta objeto de investigación, las características de los bienes o servicios que estarían siendo objeto de la conducta, los bienes o servicios similares presuntamente afectados, la duración de la conducta, la identificación de las partes, su relación económica existente con la conducta, la relación de los elementos de prueba presentados.-

5.1. De la conducta objeto de la investigación.-

De acuerdo con la denuncia; escrito del 9 de diciembre del 2019, las 12h19; y, el escrito de aclaración del 23 de diciembre del 2019, las 15h01, presentadas por el Dr. Francisco Villacreses Real en calidad de apoderado del operador económico BALDORÉ CÍA. LTDA., denunció a los operadores económicos INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA; y, JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ, por el presunto cometimiento prácticas desleales por actos de confusión, establecido en el artículo 27 numeral 1 de la LORCPM.

5.1.2. Características de los bienes y servicios investigados.-

De conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la LORCPM, a efectos de aplicar esta Ley, se determinará para cada caso el mercado relevante, lo que esta Intendencia prosigue a realizar a continuación.

Análisis Económico.-

De acuerdo con el escrito de 03 de diciembre del 2019, con Id trámite 151222, del operador económico BALDORÉ CÍA. LTDA., en el que identificó las características de los bienes o servicios objeto de denuncia, así como de los bienes



o servicios afectados como: *“la fabricación y comercialización de licores, específicamente Ron”*.

Además, indicó el operador económico BALDORÉ CÍA. LTDA., que el mercado geográfico es de ámbito nacional, debido que tanto el denunciante como el denunciando, comercializan sus productos en todo el país; y que las presuntas conductas tendrían una temporalidad aproximada, a partir de noviembre de 2019 hasta la actualidad.

Generalidades del producto y análisis del sector.-

En términos generales, el mercado relevante se puede definir como el conjunto de bienes y servicios que son considerados por los consumidores como sustitutos entre ellos con el producto objeto de investigación, y que además compiten entre sí en una determinada área geográfica.

Es decir, el mercado relevante está delimitado por (1) el mercado del producto o servicio investigado y sus sustitutos, y (2) por su respectivo mercado geográfico.

En este caso, conforme la denuncia, el mercado influencia es la *“fabricación y comercialización de licores, específicamente Ron.”*

La Organización Mundial de la Salud define a las bebidas alcohólicas como:

“Bebida alcohólica (alcoholic beverage) Líquido que contiene alcohol (etanol) y que está destinado al consumo. Casi todas las bebidas alcohólicas se preparan mediante fermentación, seguida de destilación en el caso de las de alta graduación. La cerveza se elabora a partir de cereales fermentados (cebada malteada, arroz, mijo, etc.), a los que a menudo se añade lúpulo. El vino se produce por fermentación de frutas o bayas, sobre todo, uvas. Otros productos tradicionales obtenidos por fermentación son el aguamiel (de la miel), la sidra (de las manzanas u otras frutas), el sake (del arroz), el pulque (del cactus mague) y la chicha (del maíz).

Los licores se obtienen a partir de materias primas diferentes, ya sean cereales o frutas: por ejemplo, el vodka se elabora con cereales o con patatas; el whisky, con centeno o trigo; el ron, con caña de azúcar; y el coñac, con uvas u otra fruta. El jerez, el oporto y otros vinos de alta graduación son vinos a los que se ha añadido un licor, para obtener un contenido en etanol del 20% aproximadamente...”¹

Al respecto, esta Intendencia, conforme las características del producto objeto de la presente investigación, considera, de manera preliminar, al mercado producto comprendido por la elaboración y comercialización de bebidas alcohólicas: ron.

¹ Glosario de términos de alcohol y drogas, Organización Mundial de la Salud, Ministerio de Sanidad y Consumo de España, 1994.



Definición realizada conforme la información del expediente y la etapa correspondiente.

Actividad Económica de los operadores económicos.-

Es importante señalar, que la Resolución N°. 11² de la Junta de Regulación de la LORCPM, establece los métodos de determinación del mercado relevante, en particular determina la necesidad de contar con un mercado producto o servicio que comprende al menos, el producto o servicios materia de la conducta investigada y sus sustitutos; y, el mercado geográfico que comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto o servicio relevante.

A su vez, los artículos 6 y 11 de la referida resolución establecen que el análisis de sustitución de la demanda y del análisis de sustitución de la oferta y competencia potencial, se deberán utilizar criterios cualitativos como cuantitativos.

De manera complementaria el artículo 17 de la Resolución N°. 11, determina que con el objetivo de conocer las preferencias de los consumidores o usuarios en cuanto al análisis de sustitución desde la demanda, se recomienda entre otros, tomar en consideración los resultados de estudios de operadores económicos, así como de instituciones públicas, autoridades de regulación, entre otros.

Finalmente, el artículo 28 de la mencionada resolución, contempla que: *“...para calcular las cuotas de mercado deberá utilizar datos relativos a una o más de las siguientes variables: (...) h. Otras que se consideren pertinentes y sean justificadas, atendiendo a la realidad del mercado relevante objeto de análisis”*.

En este sentido, conforme lo mencionado, esta Intendencia ha considerado, para el presente caso y de acuerdo con la etapa preliminar, la aplicación del análisis cualitativo conforme la información del Servicio de Rentas Internas y Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, esto con el fin de determinar el sector y los actores que actúan en el mercado de influencia donde participan el denunciante y los denunciados.

En tal virtud, esta Intendencia utiliza la actividad económica, con la que interactúan en el mercado ecuatoriano, con el fin de tener una aproximación de los mercados conforme la aplicación del análisis cualitativo.

De acuerdo con la **“Clasificación Nacional de Actividades Económicas”** (CIIU), la actividad relacionada a la elaboración de bebidas alcohólicas, corresponde a “C11” esta división comprende la elaboración de bebidas

² Resolución N°. 11 de la Junta de regulación de la LORCPM, de 23 de septiembre de 2016.



alcohólicas obtenidas principalmente por fermentación, como cerveza y vino, y la elaboración de bebidas alcohólicas destiladas, y se clasifican en las siguientes categorías:

Código	Descripción de actividad económica	Justificación
C11	Elaboración de bebidas.	Nivel 1: al contener todas las bebidas alcohólicas

• **INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA**

Conforme la información pública obtenida del Servicio de Rentas Internas, esta Intendencia identifica que este operador, desde el 11 de enero de 2018, mantiene la siguiente actividad: “elaboración de bebidas alcohólicas destiladas: whisky, coñac, brandy, ginebra, aguardiente de caña de azúcar, etcétera”, conforme consta a continuación:

RUC
1891778763001

Razón social
INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM
CIA.LTDA.

Estado contribuyente en el RUC
ACTIVO

Nombre comercial
COELCEM CIA. LTDA

Representante legal

Nombre: COELLO LLERENA ERICK
JOSE
Cédula/RUC 1803547650
:

Actividad económica principal

ELABORACIÓN DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS
DESTILADAS: WHISKY, COÑAC, BRANDY, GINEBRA,
AGUARDIENTE DE CAÑA DE AZÚCAR, ETCÉTERA.

Fuente: SRI, Recuperado de: <https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-en-linea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc>.

Ahora bien, conforme la información obtenida, debido a las características del producto analizado, esta INICPD considera para el análisis las categorías descritas como bebidas alcohólicas incluidas RON (Nivel 4), sectores donde también participan los operadores económicos (denunciante y denunciados), conforme la siguiente clasificación:

Código	Descripción de actividad económica	Justificación
C11	Elaboración de bebidas.	Nivel 1: al contener todas las bebidas alcohólicas



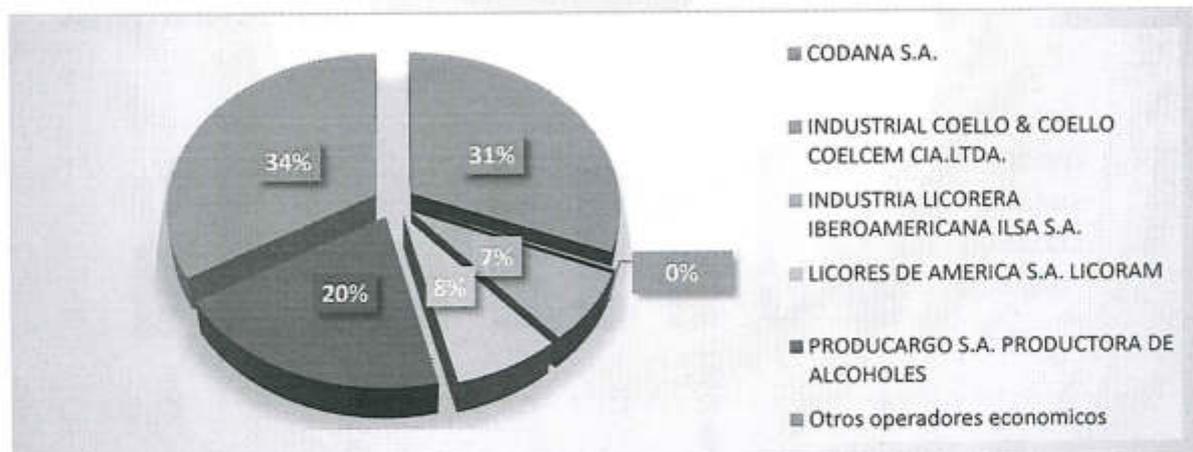
C1101	Destilación, rectificación y mezcla de bebidas alcohólicas.	Nivel 4: al contener bebidas alcohólicas destiladas y servicios de apoyo
C1101.01	Elaboración de bebidas alcohólicas destiladas: whisky, coñac, brandy, ginebra, aguardiente de caña de azúcar, etcétera.	
C1101.02	Elaboración de mezcla de bebidas alcohólicas destiladas y preparados alcohólicos compuestos: cremas y otras bebidas alcohólicas aromatizadas y azucaradas.	
C1101.03	Producción de aguardiente neutros (alcoholes base para elaborar bebidas alcohólicas)	
C1101.04	Servicios de apoyo a la destilación, rectificación y mezcla de bebidas alcohólicas a cambio de una retribución o por contrato.	

Fuente: Clasificación económica de Actividades Económicas

Elaboración: DNICPD

Para el sector de “C1101 Destilación, rectificación y mezcla de bebidas alcohólicas”, el operador económico con mayor participación en el mercado es CODANA S.A., con el 31,2%, seguido por PRODUCARGO S.A. PRODUCTORA DE ALCOHOLES con el 20,1%, el tercer y cuarto puesto están los operadores económicos LICORES DE AMERICA S.A. LICORAM e INDUSTRIA LICORERA IBEROAMERICANA ILSA S.A., con el 7,5% y 7,4% respectivamente, el operador económico INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA.LTDA, tiene una participación del 0,3%; el resto de mercado está integrado por 57 operadores económicos que tienen una participación menor al 7%.

Gráfico 1: Cuota de participación por CIU, año 2018³



Fuente: Base de información Superintendencia de Compañías 2018

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

³ Es importante señalar que esta Intendencia utilizó la información del año 2018, siendo la disponible a la fecha de la resolución. En tanto, la información del año 2019, conforme lo referido por el SRI de las declaraciones y balances de la SUPERCIAS, se carga a partir de abril de 2020, considerando el cierre del año fiscal.



En adición, a la cuota identificada por esta Intendencia, INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., en su escrito de explicaciones mencionó que:

“... Cuando la intendencia realice el respectivo estudio de mercado notará que la cuota de participación de mi representada es prácticamente insignificante, en comparación con los demás competidores. Cabe recalcar que el total de ventas del producto DON CASTELO, no superaría los [REDACTED] desde el inicio de su comercialización.” (Énfasis añadido)

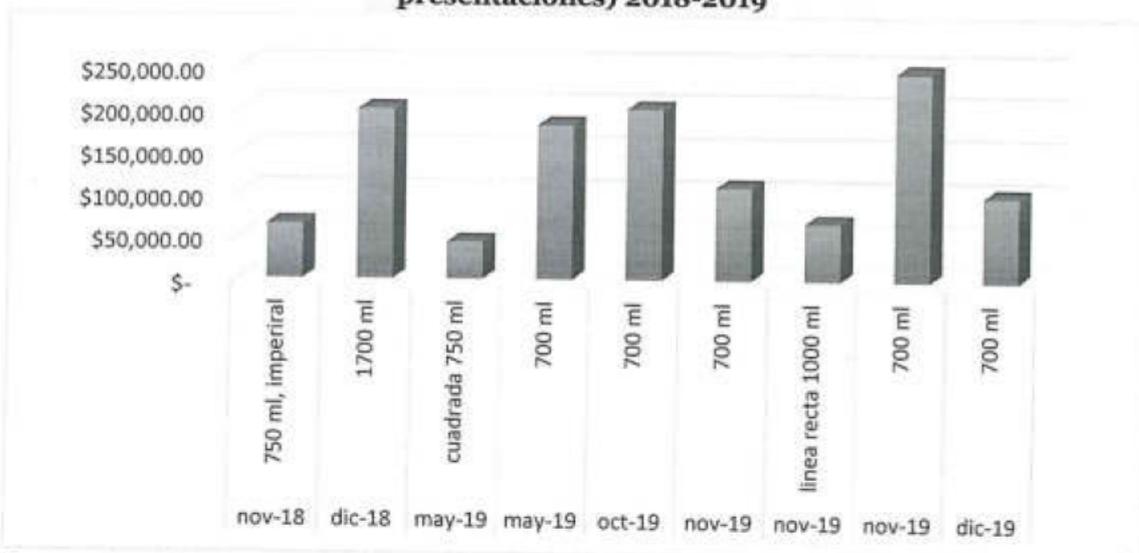
Es decir, conforme lo explicó el operador INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA, del total de sus ingresos reportados a la SUPERCIAS, únicamente los ingresos por ventas de ron, representaría el 13,24% del total para el año 2018.

En contraste con esta información, INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., en su escrito del 19 de febrero del 2020, con Id. 157490; contradijo la información referida, *ut supra*, y explicó que:

“INDUSTRIAS COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., desde su creación en el año 2018 no ha fabricado y comercializado bebidas alcohólicas, y se dedicó a la importación y comercialización de envase de vidrio”. (Énfasis añadido)

Al respecto, esta Intendencia al consultarle los tipos de productos que comercia, el operador económico explicó que comercializa los siguientes: botella de vidrio 700ML a 1500ML, botella de vidrio tipo flint, peso 500 - 600 gramos, capacidad 700 ml y 1000 ML. Con respecto a sus ingresos, estos estarían conformados de la siguiente manera:

Gráfico 2: Ingresos por comercialización de botellas de vidrio (varias presentaciones) 2018-2019



Fuente: Operador Económico COELCEM CÍA. LTDA.

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales



En este sentido, el operador económico reportó 5 productos en los que constan: botella de vidrio de 750ML, botella de vidrio 1700 ML, botella de vidrio cuadrada 750 ML, botella de vidrio 700ML y botella de vidrio línea recta 1000ML.

Por lo anotado, es indispensable citar lo referido en el artículo 3 de la LORCPM, respecto de la primacía de la realidad establece que:

Primacía de la realidad.- Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo **a su realidad y efecto económico**. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos... (Énfasis añadido)

Con el fin de responder a la realidad y efecto económico sobre la actividad comercial que realiza el operador económico INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA.,LTDA., es indispensable que esta Intendencia considere la existencias de dos mercados preliminares, en tanto que, conforme la información entregada por el denunciado, este participaría en el mercado de bebidas alcohólicas, ron, al captar unos ingresos aproximados de [REDACTED] y actualmente participaría en el mercado de *“la importación y comercialización de envase de vidrio”*.

En consecuencia, en aplicación del artículo 3 de la LORCPM, esta Intendencia considera que de acuerdo con la **“Clasificación Nacional de Actividades Económicas”** (CIIU), la actividad relacionada a la fabricación de botellas de vidrios, la división C23 comprende las siguientes categorías:

Código	Descripción de actividad económica	Justificación
C23	Fabricación de otros productos minerales no metálicos.	Nivel 1: al contener todas las bebidas alcohólicas
C231	Fabricación de vidrio y productos de vidrio.	
C2310.2	Fabricación de productos de vidrio.	Nivel 5: al contener todos los productos que se fabrican con vidrio
C2310.21	Fabricación de artículos domésticos de vidrio o cristal: vasos, botellas, copas, platos, jarrones y otros recipientes de vidrio o cristal incluido piezas de vidrio utilizadas en bisutería figurillas de vidrio, etcétera.	Nivel 6: al contener todos los productos que se fabrican con vidrio incluidas botellas

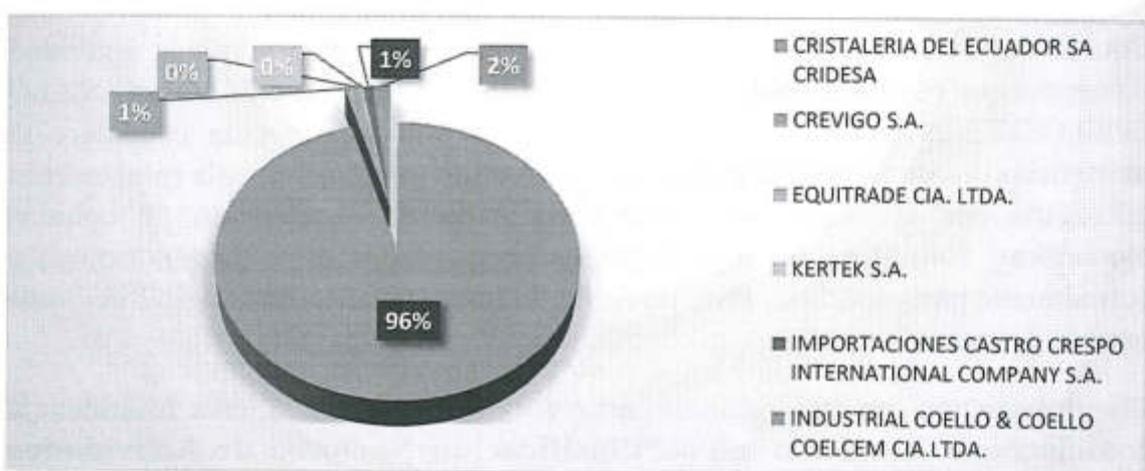
Fuente: Clasificación económica de Actividades Económicas
Elaboración: DNICPD



Este sector estaría comprendido, principalmente, por 5 operadores económicos, en el que el operador con mayor participación es CRISTALERIA DEL ECUADOR SA CRIDESA con el 95,6%, seguido por CREVIGO S.A., con el 1,3%; IMPORTACIONES CASTRO CRESPO INTERNATIONAL COMPANY S.A., con el 1,0%, en el cuarto y quinto lugar se encuentran EQUITRADE CÍA. LTDA., y KERTEK S.A. con el 0,3% y 0,1% respectivamente.

Es importante indicar, que el operador INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA., LTDA., conforme la información remitida mediante cuestionario, respecto al mercado de botellas de vidrio, representaría el 1,7% de participación dentro de este mercado. ⁴

Gráfico 3: Cuota de participación por CIU, año 2018



Fuente: Base de información Superintendencia de Compañías 2018

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

- **BALDORÉ CÍA. LTDA.**

Por otro lado, respecto del operador BALDORÉ CÍA. LTDA, conforme la información pública obtenida del Servicio de Rentas Internas, esta Intendencia identifica que mantiene la siguiente actividad económica: “*servicios de apoyo a la destilación, rectificación y mezcla de bebidas alcohólicas a cambio de una retribución o por contrato*”, conforme consta a continuación:

⁴ Como referencia, esta Intendencia, consideró la información remitida por el operador económico de noviembre 2018 a noviembre 2019, tomando un año calendario para realizar la comparación con los operadores económicos del sector.



RUC

1891718086001

Razón social

BALDORE CIA. LTDA.

Estado contribuyente en el RUC

ACTIVO

Nombre comercial

Representante legal

Nombre: GUEVARA VASCO RICARDO
AGUSTIN
Cédula/RUC: 1803604444
:

Actividad económica principal

SERVICIOS DE APOYO A LA DESTILACIÓN,
RECTIFICACIÓN Y MEZCLA DE BEBIDAS
ALCOHÓLICAS A CAMBIO DE UNA RETRIBUCIÓN O
POR CONTRATO.

Fuente: SRI, Recuperado de: <https://srionline.sri.gob.ec/sri-en-linea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc>.

Al respecto, según la información obtenida, debido a las características del producto analizado e identificar que el operador económico BALDORE comercializa varias bebidas alcohólicas⁵, esta INICPD considera para el análisis las categorías descritas como bebidas alcohólicas incluidas RON (Nivel 4), conforme la siguiente clasificación:

Código	Descripción de actividad económica	Justificación
C11	Elaboración de bebidas.	Nivel 1: al contener todas las bebidas alcohólicas
C1102	Elaboración de vinos	Nivel 4: al contener elaboración de vinos y bebidas alcohólicas
C1102.01	Elaboración de vinos, vinos espumosos (champagne), vino a partir de mosto de uva concentrado (vino tinto, jerez, oporto, etcétera).	
C1102.02	Elaboración de bebidas alcohólicas fermentadas pero no destiladas: sake, sidra, perada, vermouth, aguamiel y otros vinos de frutas y mezclas de bebidas que contienen alcohol.	
C1102.03	Elaboración de vinos de baja graduación o sin alcohol y mezclas de vinos.	
C1102.04	Servicios de apoyo a la elaboración de vinos a cambio de una retribución o por contrato.	

Fuente: Clasificación económica de Actividades Económicas

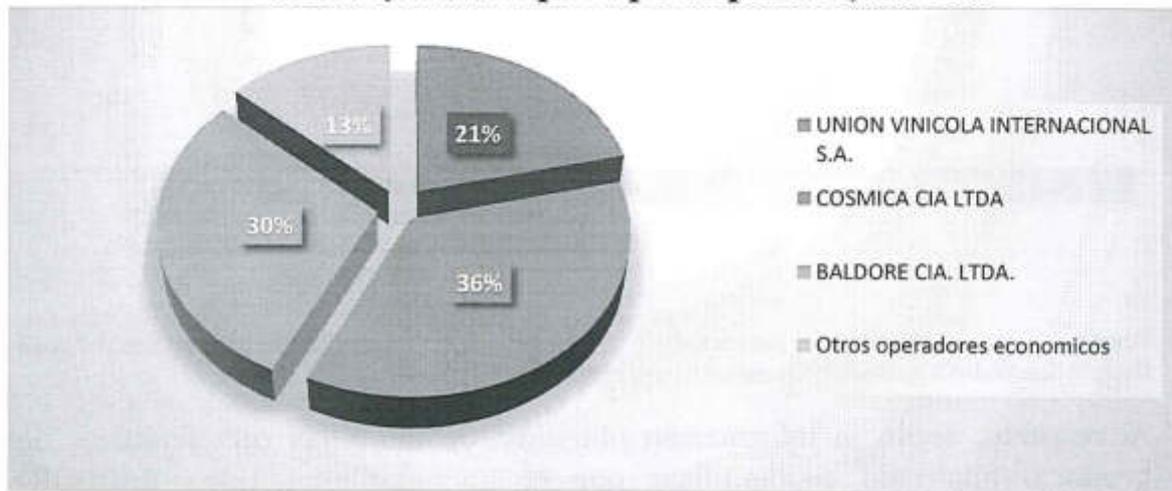
Elaboración: DNICPD

⁵ Conforme la información constante en la página web del operador económico, comercializaría, whisky, tequila, ron, vino, vodka, entre otros. Recuperada de: <https://www.baldore.com/>



Para el análisis del sector, en donde participa el operador económico BALDORÉ CÍA. LTDA., esta Intendencia consideró la subpartida nivel 4 “Elaboración de vinos y bebidas alcohólicas”; a continuación, se observa que el operador con mayor participación es COSMICA CÍA LTDA con el 35,9% seguida por el operador BALDORÉ CÍA. LTDA con el 29,5%, seguido por con el 21,3% UNION VINICOLA INTERNACIONAL S.A.; por otro lado el 13,4% del mercado se divide entre 7 operadores económicos que tienen menos de 10% de participación.

Gráfico 4: Cuota de participación por CIU, año 2018



Fuente: Base de información Superintendencia de Compañías 2018

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

Respecto a sus productos, el operador económico BALDORÉ, mediante escrito Id. 155343, describió los productos de ron que fabrica y comercializa, detallados a continuación:

DESCRIPCIÓN			
Nombre del producto	Licor Don Castelő	Licor Don Castelő	Licor Don Castelő
Fabricante	Baldoré Cía. Ltda.	Baldoré Cía. Ltda.	Baldoré Cía. Ltda.
Contenido	375ml, 750ml	375ml, 750ml	375ml, 750ml
Grado Alcohólico	15%v/v	12%v/v	20%v/v
No. Registro Sanitario	7620-ALN-1015	20617-ALN-0818	20630-ALN-0818
Tipo de Producto	Licor	Licor	Licor

Fuente: Operador Económico BALDORÉ CÍA. LTDA

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales



Los productos, conforme explicó el operador económico, son comercializados desde el año 2016 hasta la presente fecha, los ingresos reportados presentan las siguientes variaciones:

Gráfico 5: Ingresos licor Don Castoló (varias presentaciones) 2016-2019



Fuente: Operador Económico BALDORÉ

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

El producto licor Don Castoló, en presentación 375 ml, tuvo un crecimiento del 2016 al 2017 de [REDACTED] mientras que para el 2018 disminuyó en un [REDACTED] y cayó drásticamente en el 2019 en [REDACTED]

El producto licor Don Castoló, en presentación 750 ml, tuvo un decrecimiento del 2016 al 2017 de [REDACTED] mientras que para el 2018 creció en [REDACTED] y cayó levemente para el 2019 con un [REDACTED]

El producto licor Don Castoló, en presentación 1000 ml, tuvo su comercialización en el 2019 representando el [REDACTED] de los ingresos de ron Don Castoló correspondientes al operador económico BALDORÉ.

- **JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ**

El operador económico José Marcelo Coello Gómez, con número de RUC 1802180479001, reporta su actividad comercial principal “C11010101 Elaboración de bebidas alcohólicas destiladas whisky, coñac, brandy, ginebra, aguardiente de caña de azúcar, etcétera”; inició sus actividades el 01 de junio de 1992, de acuerdo al siguiente detalle:



RUC
1802180479001

Razón social
COELLO GOMEZ JOSE MARCELO

Estado contribuyente en el RUC
ACTIVO

Nombre comercial

Actividad económica principal

C11010101 ELABORACIÓN DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS DESTILADAS:
WHISKY, COÑAC, BRANDY, GINEBRA, AGUARDIENTE DE CAÑA DE
AZÚCAR, ETCÉTERA.

Tipo contribuyente	Clase contribuyente	Obligado a llevar contabilidad
PERSONA NATURAL	OTROS	SI

Fuente: SRI, Recuperado de: <https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-en-linea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc>.

Respecto del segundo denunciado, conforme la información constante en el expediente, el señor Marcelo Coello facturaría su comercialización de licores con la marca “Cartago”. Dicho operador realizaría su operación como persona natural, en tal sentido, no se encuentra registrada en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

En tal virtud, está Intendencia no cuenta con la información para calcular la cuota de participación de este operador económico, sin embargo, se evidencia que es un operador competidor en el mercado determinado con INDUSTRIAS COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA, que es un mercado liderado por el operador CODANA S.A. con el 31,2%, seguido por PRODUCARGO S.A. PRODUCTORA DE ALCOHOLES con el 20,1%, entre otros.

Ahora bien, en el escrito de explicaciones Id. 159191, el Señor José Marcelo Coello Gómez mencionó que:

“... si bien INDUSTRIAS COELLO & COELLO COELCEM CIA. LTDA., obtuvo el registro de la marca en cuestión, yo comercializo el producto en ejercicio de mis derechos reconocidos en el artículo 66 de la Constitución de la Republica...”

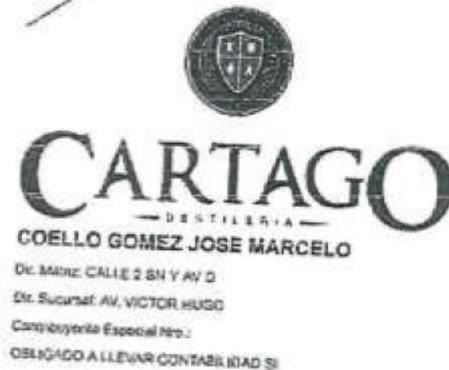
Así también, explicó:

“... yo comercializo el producto en virtud de la relación contractual y comercial que mantengo con INDUSTRIA COELLO & COELLO COELCEM CIA. LTDA., por lo que dicha compañía me autoriza para utilizar la marca y logotipo en las unidades de producto comercializados...”

En el escrito presentado por el SENADI, con Id. 158934, mediante el cual, pone en conocimiento de esta Autoridad, el expediente correspondiente a la acción de nulidad con N°. trámite: OCDI-2019-055-AN, en el que consta a foja 96, el escrito de COELCEM CÍA LTDA., mediante el cual explicó que comenzó a comercializar



el producto con la concesión de la marca, y detalla 11 facturas, que en su parte pertinente consta:



Fuente: escrito presentado por el SENADI, con Id. 158934, mediante el cual, pone en conocimiento de esta Autoridad, el expediente correspondiente a la acción de nulidad con N°. trámite: OCDI-2019-055-AN

Al respecto, de manera referencial esta Intendencia conforme la información constante en las facturas “Destilería Cartago” “José Marcelo Gómez Coello”, identificó que este operador económico podría tener por concepto de ingresos antes de impuestos un valor aproximado [REDACTED] conforme las facturas correspondientes a noviembre y diciembre de 2019.

Ahora bien, respecto de la composición de sus ingresos, de manera referencial, esta Intendencia identificó, lo siguiente:

Gráfico 6: Porcentaje de ingresos antes de impuestos por producto



Fuente: escrito presentado por el SENADI, con Id. 158934, mediante el cual, pone en conocimiento de esta Autoridad, el expediente correspondiente a la acción de nulidad con N°. Trámite: OCDI-2019-055-AN

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

Del total de facturación, de manera referencial, conforme la información aportada dentro del expediente, el [REDACTED] corresponde a la venta del producto “DON CASTELÓ” en sus presentaciones 700ml, 750ml y 1 lt.; mientras que el [REDACTED] de sus ventas corresponden a la venta de licores como: Vodka, whisky,

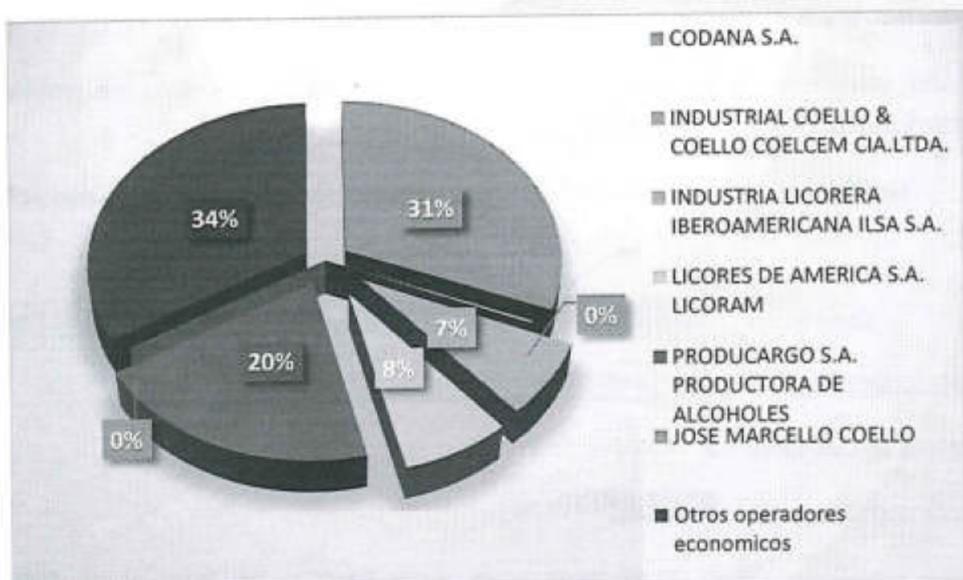


tequila, aguardiente, etc., cuya marca, conforme consta en las facturas, haría referencia a licores de marca CARTAGO.

En este sentido, de manera referencial, esta Intendencia incorporó al operador económico, conforme su actividad constante en el SRI, al sector de “Destilación, rectificación y mezcla de bebidas alcohólicas”. Evidenciando que el operador económico JOSÉ MARCELO COELLO, conforme la facturación aportada dentro del expediente, representaría el 0,1% dentro de este mercado. ⁶

Este mercado se encuentra liderado por: CODANA S.A. con el 31,1%, seguido por PRODUCARGO S.A. PRODUCTORA DE ALCOHOLES con el 20,1%, el tercer y cuarto puesto están los operadores económicos LICORES DE AMERICA S.A. LICORAM e INDUSTRIA LICORERA IBEROAMERICANA ILSA S.A. con el 7,5% y 7,4% respectivamente, el operador económico INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA.LTDA, tiene una participación del 0,3%; el resto de mercado está integrado por 58 operadores económicos que tienen una participación menor del 7%, según consta a continuación:

Gráfico 7: Cuota de participación por CIU, año 2018



Fuente: Base de información Superintendencia de Compañías 2018

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

Finalmente, por el análisis realizado, acorde las actividades económicas de los operadores, esta Intendencia puede concluir, en el sector de análisis, elaboración de bebidas alcohólicas, a nivel 4, el denunciante tiene una participación

⁶ Simulación realizada con los monto total de facturación que conforme la información constante en el escrito, con ID. 158934, el operador económico registraría ingresos antes de impuestos aproximados de USD [REDACTED] conforme la facturación del mes de noviembre y diciembre de 2019.



significativa mientras que los denunciados tiene una participación menor del 1%, compuesto de la siguiente manera:

- **BALDORÉ CÍA. LTDA:** **29,5%** de participación en el sector elaboración de bebidas, nivel 4: al contener elaboración de vinos y bebidas alcohólicas.
- **INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA:** en el sector elaboración de bebidas, Nivel 4: al contener bebidas alcohólicas destiladas y servicios de apoyo: **0,3%**; mientras que el sector fabricación de vidrio y productos de vidrio Nivel 6: *al contener todos los productos que se fabrican con vidrio incluidas botellas*, tiene una participación del 1,7% del sector.
- **JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ:** en el sector elaboración de bebidas, Nivel 4: al contener bebidas alcohólicas destiladas y servicios de apoyo: **0,1%**, en este sector.

De acuerdo al oficio Nro. 917012020OSTN000806, del Servicio de Rentas Internas (SRI), en la que se menciona:

“... se procede a con la entrega de la información conforme consta en la base de datos del Servicio de Rentas Internas, la cual se adjunta en un archivo formato ZIP denominado “1891778763001_tramite 117012020144563” que contiene 02 carpetas, 2 archivos PDF; considerando que los sujetos pasivos presentan sus obligaciones tributarias por la totalidad de su actividad económica y no por producto.”

Al analizar las declaraciones del operador económico INDUSTRIAS COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., podemos evidenciar la siguiente información:

Periodo fiscal	Razón Social	
2019	INDUSTRIAS COELLO & COELLO COELCEM CIA. LTDA.	
2018	INDUSTRIAS COELLO & COELLO COELCEM CIA. LTDA.	

Fuente: Servicio de Rentas Internas (SRI)

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

En tal sentido, respecto a la participación de los operadores que predominan estos mercados definidos preliminarmente, los cuales mantienen unos ingresos sobre los [REDACTED], es criterio de esta Intendencia que difícilmente podría un operador con las características del denunciado generar un falseamiento al régimen de competencia en el mercado relevante.



Los bienes o servicios similares presuntamente afectados

Respecto de los bienes o servicios similares de este mercado, esta Intendencia, realizó un análisis general de la oferta disponible de licores en el mercado ecuatoriano, al momento se han podido identificar 14 operadores que fueron identificados por los operadores económicos BALDORÉ y LICORAM, que se encuentran dedicados a la actividad económica de venta de licores, como consta en la siguiente tabla:

Operadores económicos en el mercado venta de licores

RAZÓN SOCIAL DE LA COMPAÑÍA COMPETIDORA	PRODUCTO COMPETIDOR	GRADOS ALCOHÓLICOS
Licorera Ecuatoriana Liverzan CÍA. LTDA.	Rum Rumba	15%
Licorera Ecuatoriana Liverzan CÍA. LTDA.	Ron del Rio	35%
Destilería Cartago CÍA. LTDA	Don Cartago Five	15%
Licomena CÍA. LTDA.	Genio Oro	15%
Industria de Bebidas y Licores ILPARCE S.A.	Ron Cero	15%
Empresas García Duran	Rum Corsario	38%
Disafra	Ron Catador	15%
Corporación Azende S.A	Switch	8%
Embotelladora Azuaya S.A., EASA	Ready	8%
Industria Licorera del Pacifico CÍA. LTDA, INDULIPAC	Ron Bambuca	8%
Destilería Cartago CÍA. LTDA	Anisado Cartago	25%
Destilería Cartago CÍA. LTDA	Vodka Cartago	12,50%
Corporación Empresarial Ecuatoriana S.A.	Antioqueño	29%
Corporación Azende S.A	Zhumir Sabores	15%
Bardoré CÍA. LTDA. (Producido para Distribuidora ECO1 / 0995001903)	Whisky ECO1	15%
Gocorp Gerardo Ortiz	Ron Abuelo	37,50%
Juan Eljuri	Ron 100 fuegos	35%



Corporación Azende S.A	Aguardiente Zhumir	32%
Ceilmaca Compañía Embotelladora industrial licorera Manabita	Caña Manabita	36%
PRODUCTOS LICORES DE AMÉRICA S.A. - LICORAM	AGUARDIENTE DE CAÑA "QUITAPENAS"	30%
PRODUCTOS LICORES DE AMÉRICA S.A. - LICORAM	BRANDY "DON JUAN"	38%
PRODUCTOS LICORES DE AMÉRICA S.A. - LICORAM	LICOR ANISADO SECO "NORTEÑO ESPECIAL"	27%
PRODUCTOS LICORES DE AMÉRICA S.A. - LICORAM	LICOR SECO DE AGUARDIENTE DE CAÑA "ONCE LETRAS"	18%
PRODUCTOS LICORES DE AMÉRICA S.A. - LICORAM	LICOR SECO DE AGUARDIENTE DE CAÑA SABOR A COCO "ONCE LETRAS"	18%
PRODUCTOS LICORES DE AMÉRICA S.A. - LICORAM	LICOR SECO DE RON "ROM PON PON"	15%
PRODUCTOS LICORES DE AMÉRICA S.A. - LICORAM	LICOR SECO DE RON "ROM PON PON"	15%
PRODUCTOS LICORES DE AMÉRICA S.A. - LICORAM	LICOR SABOR A DURAZNO "ROM PON PON"	15%
PRODUCTOS LICORES DE AMÉRICA S.A. - LICORAM	LICOR DE RON SABOR A COCO "ROM PON PON"	15%
PRODUCTOS LICORES DE AMÉRICA S.A. - LICORAM	LICOR SECO SABOR A BANANA MANGO "ROM PON PON"	15%
PRODUCTOS LICORES DE AMÉRICA S.A. - LICORAM	LICOR SECO SABOR A LIMÓN "ROM PON PON"	15%
PRODUCTOS LICORES DE AMÉRICA S.A. - LICORAM	LICOR DE RON SABOR A COLA "ROM PON PON"	15%
PRODUCTOS LICORES DE AMÉRICA S.A. - LICORAM	LICOR SECO DE WHISKY "SPECIAL QUEEN"	18%
PRODUCTOS LICORES DE AMÉRICA S.A. - LICORAM	LICOR ANISADO SECO "PAISA" "NORTEÑO"	28%
PRODUCTOS LICORES DE AMÉRICA S.A. - LICORAM	LICOR SECO SABOR A CEREZA "PAISA"	18%



PRODUCTOS LICORES DE AMÉRICA S.A. - LICORAM	LICOR SECO SABOR A SANDIA "PAISA"	18%
PRODUCTOS LICORES DE AMÉRICA S.A. - LICORAM	LICOR SECO SABOR A CAPSICO "PAISA"	18%
PRODUCTOS LICORES DE AMÉRICA S.A. - LICORAM	LICOR SECO SABOR A TAMARINDO "PAISA"	18%
PRODUCTOS LICORES DE AMÉRICA S.A. - LICORAM	RON AÑEJO "DON JUAN", " PORT OBELO"	38%
PRODUCTOS LICORES DE AMÉRICA S.A. - LICORAM	RON "CAÑAVERAL"	35%
PRODUCTOS LICORES DE AMÉRICA S.A. - LICORAM	RON DORADO "CAÑAVERAL"	32%
PRODUCTOS LICORES DE AMÉRICA S.A. - LICORAM	RON BLANCO "CAÑAVERAL"	32%
PRODUCTOS LICORES DE AMÉRICA S.A. - LICORAM	VODKA "SLAVA", "KONIK"	40%
PRODUCTOS LICORES DE AMÉRICA S.A. - LICORAM	WHISKY "OLD KING"	40%

Fuente: Operadores Económicos.

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

De acuerdo con la identificación realizada por parte de la Intendencia, por la información constante en el expediente, existirían 8 operadores económicos que comercializan actualmente la categoría de RON, variando de 15% y 38% grados de alcohol; así también existirían dos operadores económicos que comercializan tanto ron como otros licores.

Ahora bien, respecto del análisis preliminar de la oferta, esta Intendencia identifica que, en este mercado definido por la actividad económica, existen operadores económicos que, en el caso de incurrir en el mercado de licores: ron, contarían con los activos materiales necesarios para la comercialización de este producto.

Es decir, actualmente, contarían con la maquinaria, equipo e infraestructura, necesaria para la producción de licores; en este sentido, la entrada a dicho mercado, no estaría condicionada por estos activos.

Por otro lado, respecto de los activos inmateriales, esta Intendencia identificó que, para la comercialización de licores se requiere de varios permisos y autorizaciones otorgadas por las autoridades competentes. En este sentido, las personas naturales o jurídicas que hayan inscrito el RUC o RISE en el Servicio de



Rentas Internas (SRI), con actividades relacionadas con licorerías o venta de bebidas alcohólicas, deberán obtener los siguientes permisos del funcionamiento:

- Patente municipal
- Licencia única de actividades económicas (LUAE).
- Permiso de funcionamiento del ministerio del interior o p.a.f. (permisos anuales de funcionamiento).
- Permiso de funcionamiento de la agencia nacional de regulación, control y vigilancia sanitaria (ARCSA).

En este sentido, en cuanto a los activos inmateriales, los potenciales competidores deberían incurrir en un proceso administrativo que permita acceder a los operadores a la distribución, y a la venta de licores.

De igual manera, esta Intendencia identificó que los canales de distribución principal de licores son: licorerías, distribuidores de licores, establecimientos de comidas y bebidas, establecimientos de abarrotes, diversión nocturna, entre otros, los cuales son identificados y descritos específicamente en el Acuerdo Ministerial N°1470.

De acuerdo con estos puntos de venta, todos los operadores económicos que comercializan licores lo deben realizar a través de establecimientos autorizados. Los mismos que se encuentran ubicados, por lo general, a nivel nacional.

Los potenciales competidores de este mercado tendrían una alta oportunidad de acceder a sistemas logísticos y canales de distribución, siempre y cuando, realicen el acercamiento y negociación con dichos establecimientos autorizados.

La entrada de competidores potenciales tiene una probabilidad medianamente rápida al no encontrar barreras de entrada significativas, más allá de cumplir con el procedimiento específico que requieren las autoridades competentes, considerando que los principales competidores potenciales actualmente se encuentran ofertando otro tipo de licores en el mercado ecuatoriano.

Para concluir, con base en los parámetros analizados, esta Intendencia considera que las empresas en la actividad venta de licores, contarían con los activos tangibles como intangibles para trasladarse a esta actividad, además, dadas las escasas barreras de entrada a este mercado la sustitución se podría dar de manera rápida y efectiva.

En tal sentido, a priori, no existiría una afectación directa respecto de los bienes similares dentro del mercado objeto de investigación.



La duración de la conducta

La duración de la presunta conducta denunciada estaría, de manera preliminar, comprendida desde el mes de noviembre de 2019, fecha en la que presuntamente se habría iniciado la comercialización del Ron Castelo por parte de los denunciados, hasta la presente fecha.

Conclusiones Económicas

Preliminarmente, conforme la información constante en el expediente, esta Intendencia identificó al mercado producto como: la fabricación y comercialización de licores; las presuntas conductas tendrían una temporalidad aproximada de noviembre del 2019 hasta la actualidad, con un alcance a nivel nacional.

El operador económico denunciado, INDUSTRIA COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., registró ingresos que representaría el 0,3% del sector de “*destilación, rectificación y mezcla de bebidas alcohólicas*”, mientras que los operadores económicos con mayor participación en el mercado serían: CODANA S.A. con el 31,2%, seguido por PRODUCARGO S.A. PRODUCTORA DE ALCOHOLES con el 20,1%, el tercer y cuarto puesto están los operadores económicos LICORES DE AMERICA S.A. LICORAM e INDUSTRIA LICORERA IBEROAMERICANA ILSA S.A. con el 7,5% y 7,4% respectivamente; el resto de mercado está integrado por 57 operadores económicos que tienen un participación menor al 7%.

Además, conforme el análisis económico realizado por esta Intendencia, el operador COELCEM CÍA LTDA, también participaría en el mercado de botellas de vidrio, en el cual, representaría el 1,7% de participación dentro de este mercado.

Por otro lado, el operador económico JOSÉ MARCELO COELLO, bajo el nombre comercial *Destilería Cartago*, no reportaría ingresos en el sector de elaboración y comercialización de bebidas alcohólica; sin embargo, de acuerdo a las facturas presentadas en el presente expediente, éste registraría ingresos previo impuestos aproximados de [REDACTED] en el mes de noviembre y diciembre de 2019, lo que en comparación con los ingresos de los operadores económicos del mercado antes referido, representaría el 0,1% dentro de este mercado.

En cuanto al operador económico BALDORÉ CÍA. LTDA., esta Intendencia, conforme su actividad económica, correspondiente a: “*Elaboración de vinos y bebidas alcohólicas*”; identificó que el operador con mayor participación es COSMICA CÍA LTDA., con el 35,9% seguida por al operador BALDORÉ CÍA. LTDA., con el 29,5%; por su parte el 21,3% para UNIÓN VINICOLA



INTERNACIONAL S.A.; y finalmente, el 13,4% del mercado se divide entre 7 operadores económicos que representan menos del 10% de participación.

Finalmente, por el análisis realizado, conforme las actividades económicas de los operadores, esta Intendencia puede concluir, en el sector de análisis, elaboración de bebidas alcohólicas, el denunciante tiene una participación significativa mientras que los denunciados tiene una participación menor del 1%, compuesto de la siguiente manera:

- **BALDORÉ CÍA. LTDA:** **29,5%** de participación en el sector elaboración de bebidas, nivel 4: al contener elaboración de vinos y bebidas alcohólicas.
- **INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA:** *en el sector elaboración de bebidas, nivel 4:* al contener bebidas alcohólicas destiladas y servicios de apoyo, representaría el **0,3%**; mientras que en el sector *fabricación de vidrio y productos de vidrio Nivel 6:* al contener todos los productos que se fabrican con vidrio incluidas botellas, tiene una participación del **1,7%** del sector.
- **JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ:** en el sector elaboración de bebidas, nivel 4: al contener bebidas alcohólicas destiladas y servicios de apoyo, tendría una participación aproximada del **0,1%** en este sector.

La identificación de las partes

El operador económico **BALDORÉ CÍA. LTDA.**, en calidad de denunciante, mantiene el RUC 1891718086001 con estado de contribuyente **ACTIVO**, fecha de inicio de actividades el 29 de marzo de 2005.

El operador económico **INDUSTRIAS COELLO & COELLO COELCEM CIA. LTDA.**, nombre comercial **COELCEM CÍA. LTDA.**, en calidad de denunciado, con estado de contribuyente **ACTIVO** y fecha de inicio de actividades 11 de enero de 2018.

El operador económico **COELLO GÓMEZ JOSÉ MARCELO** en calidad de denunciado mantiene el RUC 1802180479001, con estado de contribuyente **ACTIVO** y fecha de inicio de actividades 01 de junio de 1992.

De la relación económica existente con la conducta

Respecto de la relación económica existente con la conducta, el denunciante, mediante su denuncia el 3 de diciembre del 2019, las 13h42, signado con el ID de trámite 151222, explicó que:

“**INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA.** a través de su Representante Legal, Sr. **ERICK JOSE COELLO LLERENA**, obtuvo en forma



ilegítima el registro de la marca DON CASTELÓ Special MAS LOGOTIPO mediante resolución SENADI_2018_RS_14052 de 13 de noviembre de 2018, para proteger bebidas alcohólicas (excepto cerveza), clase internacional 32 y desde hace pocas semanas atrás, estaría comercializando un ron con esta marca, sin considerar (...) que BALDORÉ CIA. LTDA, ha venido fabricando y comercializando un ron con la misma marca DON CASTELÓ desde el 2 de noviembre del año 2016”.

Así también, el denunciante en su escrito de 09 de diciembre del 2019, respecto de este punto explicó:

“...El señor JOSE MARCELO COELLO GOMEZ, por su parte, es el padre del señor ERICK JOSE COELLO LLERENA, representante legal de la compañía INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., y obtuvo de la Agencia Nacional de regulación y Control Sanitario ARCSA, la notificación sanitaria No. 9791-ALN-0516 del producto DON CASTELÓ...”.

Finalmente, BALDORÉ en su escrito de complemento y aclaración presentado el 23 de diciembre de 2019, mencionó que:

“...El señor JOSE MARCELO COELLO GOMEZ, como titular de la notificación sanitaria No. 9791-ALN-0516 del producto DON CASTELÓ, estaría fabricando y vendiendo un licor con esta marca, inobservando que BALDORÉ CIA. LTDA., ha venido comercializando un licor con la misma marca DON CASTELÓ desde el 2 de noviembre de 2016, con notificación sanitaria obtenida el 12 de octubre de 2015, por lo que esta conducta se adecuaría a lo dispuesto en el artículo 27 de la (...) LORCPM...”

De la relación de los elementos de prueba presentados

Los elementos de prueba aportados por el denunciante en su denuncia con el fin de probar las conductas denunciadas, fueron:

- Veinticinco copias certificadas de facturas que acreditarían la comercialización de la marca DON CASTELÓ, desde el 2 de noviembre de 2016 hasta la actualidad.
- Siete hojas con publicidad del ron “DON CASTELÓ” de BALDORÉ CÍA LTDA.

Entre otros elementos que solicitó el denunciante que se requiera al ARCSA, SENADI, SRI y denunciados.

SEXTO: ANÁLISIS JURÍDICO

A efectos de realizar el análisis jurídico sobre el fondo de la investigación, esta Intendencia consideró, conforme la denuncia planteada, realizar el siguiente



análisis con respecto a la conducta de competencia desleal, determinada en el artículo 27 numeral 1 de la LORCPM, que determina:

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

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

6.1. De la denuncia; escrito del 9 de diciembre del 2019, las 12h19; escrito del 23 de diciembre del 2019, las 15h01

De acuerdo con la denuncia y anexos presentado por el Dr. Francisco Villacreses Real en calidad de apoderado del operador económico BALDORÉ CÍA. LTDA., el 3 de diciembre del 2019, las 13h42, puso en conocimiento de esta Intendencia el presunto cometimiento de prácticas desleales por actos de confusión por parte del operador económico INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA.

En este sentido, el operador económico BALDORÉ CÍA. LTDA, señaló que el 12 de octubre del 2015, obtuvo de la Agencia Nacional de Regulación y Control Sanitario ARCSA., el registro o notificación sanitaria para fabricar y comercializar varios productos, incluyendo un ron identificado por la marca “DON CASTELÓ”; y, que en virtud a la notificación sanitaria otorgada por el ARCSA ha venido comercializando esta bebida alcohólica desde el 2 de noviembre del año 2016.

Posteriormente en el año 2019, obtuvo el registro del nombre comercial “**DON CASTELÓ SPECIAL**”, para proteger, conforme lo explicó el denunciante las: *“actividades lícitas y permitidas por la ley relacionadas con la comercialización, distribución, venta importación, exportación de bebidas alcohólicas y no alcohólicas, alimentos, suplementos alimenticios, rótulo enseña comercial”*

En este sentido, argumentó que el operador económico INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., habría aprovechado la omisión del operador económico denunciante, para registrar la marca “**DON CASTELÓ Special más logotipo**”, a su favor ante el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI).

Por lo que, a criterio, del operador económico denunciante:

“... pretendería ampararse en un título de registro de marca concedido ilegalmente por el SENADI, al vulnerar las disposiciones de la Decisión 486 y del Código de Ingenios (cuya nulidad fue solicitada previamente), por lo que estaría



participando en el mercado en condiciones de ventaja frente a sus competidores, al aprovecharse del posicionamiento de la marca DON CASTELÓ de BALDORÉ CÍA. LTDA., y estaría obteniendo ventajas ilegítimas en base al esfuerzo ajeno, afectándose no solo los derechos de mi representada sino los derechos del consumidor al **existir en el mercado dos marcas idénticas de diferentes titulares** para proteger un mismo producto (actos de confusión)". (Énfasis añadido)

Por otro lado, respecto al período aproximado de duración de la supuesta infracción a las conductas denunciadas, por parte del operador económico INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., el denunciante indicó que esta tendría lugar desde el mes de noviembre del 2018, mes en el que habría tenido conocimiento que se está fabricando y comercializando un ron identificado con el signo distinto DON CASTELÓ, en el mercado ecuatoriano.

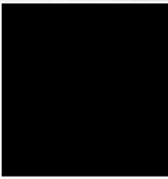
Así también agregó 25 copias certificadas que corresponde a facturas emitidas por el denunciante según se detalla en el siguiente cuadro:

	Fecha de emisión	Descripción	
	02/11/2016	Ron Don Castelo Special Cantidad: 3000	
	15/12/2016	Don Castelo Special Cantidad: 13000	
	15/12/2016	Don Castelo Special Cantidad: 1739 Don Castelo Special p Cantidad: 6336	
	20/12/2016	Don Castelo Cantidad: 3200.	
	03/03/2017	Don Castelo Cantidad: 4000	
	03/04/2017	Don Castelo Cantidad: 2500	
	09/06/2017	Don Castelo Cantidad: 6250	
	03/07/2017	Don Castelo licor Cantidad: 1300	
	15/08/2017	Don Castelo Cantidad: 21000 Don Castelo 375 Cantidad: 3200	
	20/09/2017	Don Castelo Cantidad: 3000 Don Castelo Cantidad: 1500	



	15/10/2017	Don Castelo Cantidad: 12000 Don Castelo 375 Cantidad: 4000	
	01/12/2017	Don Castelo Cantidad: 4000 Don Castelo 375 Cantidad: 1200	
	27/08/2019	Licor ron Don Castoló 1000 ml Cantidad: 2400,00 Licor ron Don Castoló 750 ml Cantidad: 12000,00	
	09/09/2019	Licor ron Don Castoló 1000 ml Cantidad: 6000,00 Licor ron Don Castoló 1000 ml Cantidad: 2500,00 Licor ron Don Castoló 750ml +Gaseosa Cantidad: 6000,00	
	28/12/2018	Licor ron Don Castoló 1000 ml Cantidad: 22000,00	
	28/12/2018	Licor ron Don Castoló 750 ml Cantidad: 7500,00	
	30/11/2018	Licor ron Don Castoló 375 ml Cantidad: 3.600,00 Licor ron Don Castoló 750 ml Cantidad: 14.000,00	
	31/11/2018	Licor ron Don Castoló 750 Cantidad: 921 Licor ron Don Castoló 375 Cantidad: 1752 Licor ron Don Castoló 375 ml Cantidad: 3.600,00 Licor ron Don Castoló 1000 Cantidad: 2531	
	03/10/2018	Don Castoló 750 CC Cantidad: 24000 Don Castoló 375 CC Cantidad: 24000	
	02/08/2018	Don Castoló 750 CC Cantidad: 30000 Don Castoló 375 CC Cantidad: 2400	
	25/07/2018	DON CASTELO 750 CC Cantidad: 6000	
	08/03/2018	DON CASTELO 750 CC Cantidad: 12000	
	28/08/2018	Don CASTELO 750 CC	
	08/07/2019	Don Castoló 375ml 750 ml Cantidad:	



	28/02/2019	Licor ron Don Casteló 1000ml Cantidad: Licor ron Don Casteló 375ml Cantidad: Licor ron Don Casteló 750 ml. Cantidad:	
---	------------	---	---

Fuente: Escrito de denuncia; escrito del 9 de diciembre del 2019, las 12h19; escrito del 23 de diciembre del 2019, las 15h01

En tanto, de la descripción de las facturas emitidas por el operador económico BALDORÉ CÍA. LTDA., esta Intendencia observa que las facturas corresponderían desde el año 2016 hasta el año 2019; sin embargo, no solo comprende las facturas de la marca de ron **“Don Casteló Special”**, sino también de otros licores, como por ejemplo: Tequila Jimador Azteca, BBKA Baldore , Wisky Jhon Morris, Aguardiente Bien Pueda, Vodka Baldore, Wisky Old West, Wisky Premiun Blue, Barrilito Viejo, Aguardiente Santa fe, entre otros.

Por otra parte, del anexo también constan las fotografías de la publicidad del ron **“DON CASTELÓ Special”**, y el presunto evento realizado por parte del operador económico de BALDORÉ CÍA. LTDA, como consta a continuación:



Fuente: Escrito de denuncia; escrito del 9 de diciembre del 2019, las 12h19; escrito del 23 de diciembre del 2019, las 15h01

6.1.2. Del escrito de ampliación de la Denuncia.-

El doctor Francisco Villacreses Real en calidad de apoderado del operador económico BALDORÉ CÍA. LTDA., mediante escrito presentado del 9 de diciembre del 2019, las 12h19, puso en conocimiento de esta Autoridad que el 4 de diciembre del 2019, la Agencia Nacional de Regulación y Control Sanitario ARCSA, emitió previamente la notificación sanitaria No. 9791-ALN-0516 del producto **“DON CASTELÓ”** a favor del señor JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ.

De este antecedente, el operador económico denunciante identificó que en adición del operador económico INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., con RUC 1891778763001, el señor JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ, con RUC 1802180479001, sería también presunto responsable del



cometimiento de prácticas desleales por actos de confusión, en tanto, indicó que el primero obtuvo en forma “ilegítima” el registro de la marca “DON CASTELÓ Special MAS LOGOTIPO”; y, el segundo, obtuvo el registro sanitario No. 9791-ALN-0516 del producto “DON CASTELÓ.

6.1.3. Del escrito presentado el 23 de diciembre del 2019, las 15h01, mediante el cual se aclaró y completó la denuncia.-

Mediante escrito de 9 de diciembre del 2019, las 12h19, el denunciante aclaró y completo, específicamente en relación con a los literales b); c); y, d), establecidos en el artículo 54 de LORCPM.

En relación a la identificación de los presuntos responsables, el operador económico BALDORÉ CÍA. LTDA., ratificó que la denuncia fue interpuesta en contra de INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., y el señor JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ.

Al respecto, de la descripción detallada de la conducta denunciada, manifestó que, el período aproximado de su duración o inminencia de las supuestas conductas realizadas por el señor José Marcelo Coello Gómez, inició el 20 de noviembre de 2019; y, que la conducta objeto de la denuncia presentada es respecto de actos confusión conforme lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 27 de la LORCPM.

De la relación de los involucrados con la conducta denunciada, indicó que:

“... la relación de los denunciados incluyendo el señor JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ, radica en que al ser competidores directos BALDORÉ CÍA. LTDA., todos domiciliados en la provincia de Tungurahua, se aprovecharon que mi representada no registró la marca DON CASTELÓ, a pesar de estar comercializando el producto desde el 2 de noviembre del año 2016, y habría empezado a comercializar otro licor con la misma marca DON CASTELÓ inobservando además la acción de nulidad interpuesta por BALDORÉ CÍA. LTDA., por lo que conocen los derechos e interés de mi mandante sobre la marca DON CASTELÓ”.

6.2. Del escrito de explicaciones del operador económico INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA, manifestó:

El señor ERICK JOSÉ COELLO LLERENA representante legal del operador económico INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., presentó su escrito de explicaciones el 20 de enero del 2020, las 15h55, signado con el ID de trámite 154824, en el cual en lo principal manifestó lo siguiente:



“... 1.1. Falta de competencia de la SCPM para conocer la presente causa por no existir afectación al interés general ni falseamiento de la competencia

La competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado – SCPM para conocer y resolver conductas desleales, siempre que estas restrinjan o falseen el régimen de competencias se basa fundamentalmente en los artículos 25 y 26 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado LORCPM (...)

...Como Usted podrá apreciar señor Intendente (...) no todos los actos de competencia desleal constituyen competencia de la SCPM, sino únicamente aquellos que falseen el régimen de competencia económica...

Además, argumentó que:

... de acuerdo con la LORCPM, en los casos que se discutan cuestiones relativas a la **propiedad intelectual** entre pares, sin que exista afectación al interés general o bienestar de los consumidores, deben ser instruidos y resueltos por el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales SENADI, de conformidad con lo establecido en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación – COESCI.

Por otra parte, indicó que:

... el denunciante sustenta el **carácter general** de la conducta acusada en el hecho de que existiría una afectación a los derechos de los consumidores, sin embargo, cuando su Intendencia realice el respectivo estudio de mercado notará que la cuota de participación de mi representada es prácticamente insignificante, en comparación con los demás competidores. **Cabe recalcar que el total de ventas del producto DON CASTELO no superaría los \$ 20.000,00 desde el inicio de su comercialización.** (Énfasis añadido)

Con respecto a la violación de trámite, que no existe la figura de ampliación de denuncia en la LORCPM ni en el Código Orgánico Administrativo, el operador económico indicó:

En el presente caso, la SCPM tiene competencia para conocer únicamente los hechos puestos en su conocimiento en la denuncia, y en el escrito mediante el cual el denunciado aclara y completa la denuncia en los puntos solicitados por su autoridad. La SCPM no es competente para conocer, dentro de este expediente, nuevos hechos y nuevos presuntos responsables no detallados en el libelo inicial.

Por esta razón, en caso de que la SCPM decida aceptar conocer los nuevos hechos y el nuevo presunto responsable, puesto en su conocimiento, a través del escrito de 09 de diciembre de 2019, estaría vulnerando mi derecho al debido proceso, protegido por el artículo 76 de la Constitución de la República, (...) numerales 1 y 3...



En relación con la inexistencia el cometimiento de actos de confusión, manifestó que:

De acuerdo con la LORCPM, para que se configura el acto de confusión, el verbo rector de la conducta, esto es, crear confusión, debe darse en relación a los productos o establecimientos **AJENOS**, o la asociación con un tercero, a través de la **IMITACIÓN** de signos distintivos.

Para que se configure los actos de confusión, **POR LO MENOS**, el denunciante debería ser titular de la marca, lo cual no ha ocurrido, sino todo lo contrario, se pretende acusar a mi representada por utilizar los signos distintivos de los cuales es titular...

... al ser titular de la marca DON CASTELÓ Special, la comercialización del producto con la utilización de dicho signo distintivo no supone confusión alguna, en los términos de la LORCPM, puesto que no se trata de establecimientos ni productos ajenos sino de los de mi representada...

.... Este registro de marca le otorga a mi representada, entre otros, el derecho establecido en el artículo 364 del COESCI, que establece "El derecho al uso exclusivo de una marca se adquirirá por su registro ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales" además de lo determinado por el artículo 367...

... La denuncia interpuesta por BALDORÉ CÍA. LTDA., pretende encaminar a su autoridad a determinar si el registro de la marca a favor de mi representa es o no legítimo, lo que desnaturaliza la competencia de la SCPM, puesto que dicha cuestión es exclusiva de SENADI, organismo que ya se emitió su acto administrativo de registró, el cual, de acuerdo con el artículo 101 del COA, es eficaz desde su emisión.

... A la SCPM no le corresponde dilucidar sobre la validez o legitimidad del otorgamiento del registro de marca, por cuanto dicha competencia es exclusiva del SENADI. A la SCPM le compete velar que los signos distintivos debidamente registrados antes la autoridad nacional de derechos intelectuales nos sean objeto de prácticas desleales, y siempre y cuando exista afectación al interés general...

Respecto a este punto concluyó que:

... no se han configurado los elementos de los actos de confusión, toda vez que el signo distintivo objeto del supuesto acto de confusión le pertenece a mi representada, de tal manera que, si la SCPM investiga o peor aún sanciona dicha conducta, estaría atentando contra la seguridad jurídica (...) al inobservar lo establecido en las normas jurídicas citadas, así como la decisión expresa del SENADI.

Asimismo, tampoco existe potencialidad de daño. Suponer que existe potencialidad en el cometimiento de prácticas desleales implicaría asumir que el



registro de la marca a favor de mi representada no es legítimo, lo cual también devendría en una violación al principio de seguridad jurídica.

Finalmente, respecto de la falta de tipificación de prácticas desleales potenciales, el denunciante indicó que:

... el artículo 78 de la LORCPM no establece la posibilidad de sancionar actos desleales potenciales, como si lo hace con el régimen sancionatorio de las prácticas colusorias.

En resumen el INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA, solicitó que la SCPM se declare incompetente para conocer, sustanciar y resolver la presente causa por tratarse de una cuestión puramente de propiedad intelectual, que se abstenga de conocer, sustanciar y resolver sobre hechos y presuntos responsables no establecidos inicialmente en la denuncia, toda vez que la figura de ampliación no estaría prevista en el ordenamiento jurídico y disponga el archivo de la presente causa por cuanto no se habría configurado los elementos de los actos de confusión.

6.3. Del escrito de explicaciones del señor JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ.-

El escrito de explicaciones presentado por el señor JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ, el 10 de marzo del 2020, las 16h23, signado con el ID 159191, en el que explicó:

1.1. Errónea integración de litisconsorcio pasivo y falta de legitimo contradictor.

... De acuerdo con el artículo 55 de la LORCPM: *“Una vez recibida la denuncia, el órgano de sustanciación verificará que la misma reúna los requisitos establecidos en el artículo anterior...”*. En este orden de ideas, los artículos 60, 61 y 62 del Reglamento de la LORCPM, regula el procedimiento a seguirse en el lapso entre la prestación de la denuncia y la resolución de inicio o archivo de la misma, y en ninguna parte faculta al denunciante a ampliar y peor aún a **modificar** su denuncia.

Por lo explicado, la única pieza procesal sobre la cual debe girar el procedimiento administrativo es la denuncia de 03 de diciembre de 2019 (misma que no me vincula como denunciado), y el escrito mediante el cual aclara y completa la denuncia. Cabe resaltar que en la fase de aclarar y completar la denuncia tampoco puede modificar los fundamentos del libelo inicial, mucho menos incorporar nuevos sujetos procesales que no hayan sido identificados en la denuncia...

...el solo hecho de que su autoridad me haya corrido traslado con los escritos de 03 y 09 de diciembre de 2019 produjo la nulidad del presente procedimiento administrativo, y en todo caso, producirá la nulidad del acto administrativo resolutorio de esta fase procesal, en caso de que la intendencia insista en tener en



cuenta la "ampliación y modificación" de la denuncia por parte de BALDORÉ CÍA. LTDA...

Por otro lado, respecto a la fase procesal oportuna para ampliar el expediente, el denunciando explicó: ... El procedimiento administrativo ante la SCPM dicta que la figura de ampliación (sobre hechos y sujetos) cabe en la fase de investigación, de tal manera que la resolución que decide sobre el inicio o archivo de la denuncia, únicamente puede considerar el libelo inicial y su escrito para aclarar y completar la misma, sin considerar una modificación de hechos o de presuntos responsables en esta fase.

En caso de que la Intendencia acepte conocer los nuevos hechos e incorporarme como nuevo presunto responsable, estaría vulnerando mi derecho al debido proceso, protegido por el artículo 76 de la Constitución de la República, numeral 1 y 3, especialmente a ser juzgado por una autoridad competente y con observancia al trámite propio de cada procedimiento...

El operador denunciado manifestó que existiría una falta de competencia de la SCPM para conocer la presente causa por existir afectación al interés general ni falseamiento de la competencia, al respecto señaló:

De acuerdo con la LORCPM, en los casos que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, sin que exista afectación al interés general o bienestar de los consumidores, deben ser instruidos y resueltos por el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales – SENADI, de conformidad con lo establecido en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación – COESCI.

Es totalmente claro que la denuncia incoada en mi contra constituye una cuestión únicamente entre pares, sin que existan indicios siquiera de una afectación al interés general.

Esto tendría como fundamento en el hecho de que no existiría conducta desleal atribuible al denunciado y explicó que:

No queda claro la forma en que el denunciante pretende imputarme responsabilidad alguna dentro de este expediente (...) en lo que a mí respecta, BLDORÉ (sic) CIA. LTDA., mencionó que mi participación en relación con la inexistente conducta de confusión versa principalmente en dos aspectos, el hecho de ser padre del representante legal de INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CIA. LTDA., y el hecho de haber obtenido el registro sanitario para comercializar el producto DON CASTELÓ. ...

... BALDORÍ (sic) CÍA. LTDA., me acusa ante su autoridad por haber obtenido el registro sanitario para la comercialización del producto, lo cual cae desde cualquier punto de vista en el extremo de lo absurdo, toda vez que el registro sanitario es un requisito ineludible para la comercialización de cualquier producto de consumo humano, de lo contrario no solo la autoridad sanitaria me



sancionaría, sino que incluso su propia autoridad podría instruir un expediente por violación de normas...

... Si a criterio de denunciante, la deslealtad comercial gira en torno a la obtención del registro de marca, no hay cabida para que me denuncie por el solo hecho de comercializar el producto, en virtud de una relación contractual y comercial que me permite hacerlo, en todo caso a quien le corresponde demostrar la legitimidad de la obtención de la marca ante el SENADI, es a INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., no a mí.

En este sentido, no tiene cabida el argumento del denunciante que pretende incluirme en esta investigación...

Además, el denunciado explicó que, el operador económico comercializaría el producto en virtud de la relación contractual y comercial que mantendría con INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., por lo que, dicha compañía autorizaría a éste para utilizar la marca y logotipo en las unidades de producto comercializados.

Finalmente, solicitó que no se lo tome en cuenta como denunciado, por presuntamente existir errónea conformación del Litis consorcio pasivo; que se declare la nulidad del expediente por presuntamente existir violación de trámite y vicios procesales; que la SCPM se declare incompetente para conocer, sustanciar y resolver la presente causa por tratarse de una cuestión puramente de propiedad intelectual; que se abstenga de conocer, sustanciar y resolver sobre hechos y presuntos responsables no establecidos inicialmente en la denuncia; y, disponga el archivo de la presente causa por cuanto no se han configurado los elementos de los actos de confusión.

6.4. Del escrito de la AGENCIA NACIONAL DE REGULACIÓN Y CONTROL SANITARIO (ARCSA)

El 13 de febrero del 2020, las 12h35, a través del escrito y anexos, signado con el Id. trámite 156933, la ARCSA remitió una matriz con información del producto "RON"; y, otros productos con la marca "DON CASTELO", en la que detalló:

Nombre del producto: RON; la razón social del solicitante y titular del producto BALDORÉ CÍA. LTDA; marca del producto BALDORÉ; Registro sanitario: 784_ ALN-1015, fecha de emisión el 27 de octubre del 2015; fecha de vigencia el 27 de octubre del 2020.

Nombre del producto: LICOR; la razón social del solicitante y titular del producto BALDORÉ CÍA. LTDA; la marca del producto "DON CASTELO", "Casteló", Casteló; Registro sanitario: 20630-ALN-0818, fecha de emisión el 31 de agosto del 2018; fecha de emisión el 31 de agosto del 2023.



Nombre del producto: LICOR; la razón social del solicitante y titular del producto BALDORÉ CÍA. LTDA; marca del producto "DON CASTELÓ", "Casteló", Casteló; Registro sanitario: 20617-ALN-0818, fecha de emisión el 31 de agosto del 2018; fecha de emisión el 31 de agosto del 2023.

Nombre del producto: LICOR; la razón social del solicitante y titular del producto BALDORÉ CÍA. LTDA; marca del producto DON PEPO, DON CASTELÓ, DON CASTELÓ PLUS, BARRILITO VIEJO; Registro sanitario: 7620- ALN-1015, fecha de emisión el 12 de octubre del 2015; fecha de vigencia el 12 de octubre del 2020.

Nombre del producto: LICOR; la razón social del solicitante y titular del producto BALDORÉ CÍA. LTDA; marca del producto "DON CASTELÓ" "CASTELÓ" "CASTELO" "BARRILITO VIEJO"; Registro sanitario: 24226- ALN-1119, fecha de emisión el 27 de noviembre del 2019; fecha de vigencia el 27 de noviembre del 2024.

Al respecto, la ARCSA remitió el registro de notificación sanitaria otorgado al operador económico para fabricar y comercializar varios productos incluyendo un ron identificado con la marca "DON CASTELO" para la comercialización del producto.

6.5. Del escrito del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI)

El 9 de marzo del 2020, las 12h22, el SENADI, a través del escrito y anexos, signados con el ID de trámite 158934, remitió la siguiente documentación:

a) El título que acredita el registro "MARCA DE PRODUCTO", trámite número IEPI-2018-29978, del 24 de abril de 2018, otorgado por el EXPERTO PRINCIPAL EN SIGNOS DISTINTIVOS del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, el mismo que contiene:

DENOMINACIÓN: Don CASTELÓ Special más logotipo

PRODUCTOS O SERVICIOS QUE PROTEGE:

Bebidas Alcohólicas (excepto cerveza). Clase Internacional 33

DESCRIPCIÓN: Igual a la etiqueta adjunta, con todas las reservas que sobre ella se hacen

VENCIMIENTO: 8 de noviembre de 2028

TITULAR: COELCEM CÍA. LTDA.

DOMICILIO: Miraflores avenida y las lilas pasaje

REPRESENTANTE: ERICK JOSE COELLO LLERENA



b) Copia certificada de la Resolución SENADI_2018-RS-14052 del 13 de noviembre de 2018, las 12h23, emitida en el proceso No. IEPI-2018-29978, presentada por COELCEM CÍA. LTDA., el 24 de abril de 2018, publicado en la Gaceta de la Propiedad Intelectual No. 641, para el registro de **“DON CASTELÓ Special más logotipo”**, que protegerá los productos de la Clase Internacional Nro. 33, mediante el cual resolvió:

“**CONCEDER** el registro DON CASTELÓ Special más logotipo, en su conjunto, no se conceden derechos de exclusividad sobre los términos aisladamente considerados, a favor de **COELCEM CÍA. LTDA**, que protegerá los productos de la Clase Internacional No. 33”

c) El título que acredita el registro “NOMBRE COMERCIAL”, trámite número SENADI-2019-2215, del 16 de enero de 2019, otorgado por el EXPERTO PRINCIPAL EN SIGNOS DISTINTIVOS del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, el mismo que contiene:

DENOMINACIÓN: DON CASTELÓ SPECIAL

PRODUCTOS O SERVICIOS QUE PROTEGE:

Actividades lícitas permitidas por la ley relacionada con la comercialización, distribución, venta, importación, exportación de bebidas alcohólicas y no alcohólica, alimentos, suplementos alimenticios, rótulos, enseña comercial.

DESCRIPCIÓN: Consiste en la denominación DON CASTELÓ SPECIAL, con todas las reservas que sobre ella se hacen

VENCIMIENTO: 28 de marzo del 2029

TITULAR: BALDORÉ CÍA. LTDA.

DOMICILIO: Quinta Baldoré, sector Pitula, Patate

APODERADO: DANIELA ELIZABTEH MOREIRA SARMIENTO



d) Trámite OCDI- 2019-055-AN, acción de Nulidad, recurrente por BALDORÉ CÍA. LTDA., y recurrido en contra de COELCEM CÍA. LTDA, que de conformidad a la documentación que consta en el expediente, esta Intendencia observa que está en trámite, en tanto no tiene resolución en firme.

6.6. Del escrito de fecha 7 de febrero del 2020, las 14h06, signado con el ID 156380 y del escrito presentado en fecha 24 de enero del 2020, las 16h17, signado con el ID 155343, presentado por el operador económico BALDORÉ CÍA. LTDA.

Mediante el cual indicó que en referencia a la pregunta 3 de la parte I del Cuestionario Nro. 3 el competidor es JOSÉ COELLO GOMEZ con el producto "CARTAGO", información utilizada en el análisis económico de la presente resolución.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Con base en las principales argumentaciones de los operadores económicos denunciante y denunciados y en virtud de los antecedentes expuestos, esta Intendencia formula los siguientes problemas jurídicos:

- 1. ¿Existe errónea integración de litisconsorcio pasivo, falta de legitimo contradictor y violación de trámite?**
- 2. ¿Existen indicios sobre el cometimiento de actos de confusión por parte del operador económico INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., y el Sr. JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ?**
- 3. ¿Existe indicios de afectación al interés general y falseamiento de la competencia?**

A fin de dar solución a los problemas jurídicos planteados esta Autoridad realiza el siguiente análisis:

- 1. ¿Existe errónea integración de litisconsorcio pasivo, falta de legitimo contradictor y violación de trámite?**

El señor JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ, el 10 de marzo del 2020, las 16h23, signado con el ID 159191, en su escrito de explicaciones indicó que existe errónea legitimación en la parte pasiva, o falta de legítimo contradictor, porque en ninguna parte de la ley facultaba al denunciante ampliar y peor aún modificar su denuncia, situación que a su criterio provocaría una violación de trámite.

Según consta de la revisión de la documentación del expediente, el denunciante interpuso una denuncia en contra del operador económico INDUSTRIAL



COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA; sin embargo, en el escrito del 9 de diciembre del 2019, las 12h19, el operador económico BALDORÉ CÍA. LTDA., amplió y modificó la denuncia del 3 de diciembre del 2019, las 13h42, poniendo en conocimiento hechos adicionales; y, vinculando como denunciado al señor JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ, por el presunto cometimiento de la práctica desleal establecida en el numeral 1 del artículo 27 LORCPM.

En consecuencia, en providencia del 18 de diciembre del 2019, las 10h00, la INICPD dispuso al denunciante que aclare y complete su denuncia y el escrito del 9 de diciembre del 2019, las 12h19, en tal sentido, el 23 de diciembre del 2019, las 15h01, el operador económico BALDORÉ CÍA. LTDA dio cumplimiento con la disposición; y, en providencia del 27 de diciembre del 2019, las 09h10, esta Autoridad avocó conocimiento y dispuso la apertura del expediente signado con el número Nro. SCPM-IGT-INICPD-040-2019, en virtud que cumplía con los requisitos contenidos en el artículo 54 de la LORCPM.

Ahora bien, resulta necesario anotar que el procedimiento contemplado en la LORCPM para la investigación y posterior sanción de posibles conductas desleales corresponde al derecho administrativo sancionador y que la apertura de un expediente administrativo tiene como efecto jurídico que la Intendencia pueda realizar la investigación que corresponda.

En este sentido, el artículo 1 de la LORCPM establece:

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

Es decir, el procedimiento contenido en la LORCPM no tiene la finalidad de otorgar o declarar derecho alguno, por el contrario, busca prevenir, prohibir y sancionar aquellas conductas de competencia desleal, en el marco de la Ley, que tengan lugar en el mercado ecuatoriano.

Por su parte el artículo 2 y 3 de la LORCPM determinan:

Art. 2.- **Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional**, así como los gremios que las agrupan, y



las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.

Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo.

La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos. (Énfasis añadido)

Art. 3.- Primacía de la realidad.- **Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico.** La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.

La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico. (Énfasis añadido)

En tal sentido, conforme ordena el artículo 2 de la LORCPM, se encuentran sujetas a la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley todas las personas naturales o jurídicas que actual o potencialmente realicen actividades económicas en el país, situación que en el presente caso incluye tanto a INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., como al Sr. JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ.

Por su parte, el artículo 3 de la LORCPM contiene el principio de primacía de la realidad, el cual establece como mandato de optimización que las conductas investigadas por la SCPM deben buscar y alcanzar la realidad subyacente a los actos y hechos ocurridos en el mercado producto de la participación de los operadores económicos en él.

En este sentido, el artículo 53 de la LORCPM determina que las investigaciones pueden tener lugar por denuncia, de oficio o a solicitud de otro órgano de la Administración Pública.

Finalmente, el tercer inciso del artículo 66 del Reglamento a la LORCPM determina la facultad que tiene la Intendencia para ampliar la investigación a nuevos presuntos responsables, otras conductas o cuando se presenten nuevos interesados. En particular la norma determina:

Art. 66.- Acumulación de expedientes. (...)



Asimismo, podrá ampliar la Resolución de Inicio de Investigación cuando, en el curso de la investigación se aprecie la participación de otros presuntos responsables, la presunta comisión de otras infracciones, o se presenten nuevos interesados no incluidos anteriormente.

En esta línea de análisis, es necesario resaltar que la denuncia constituye una de las formas mediante la cual esta Autoridad tiene conocimiento de hechos que pueden contravenir la ley (LORCPM) y que al ser ésta una noticia respecto de una posible infracción, le corresponde a esta Autoridad, en aplicación del principio de la realidad, receptar y obtener toda la información correspondiente a fin de, ser el caso, investigar la existencia de posibles conductas desleales que hubiera tenido, o pudieran tener, lugar en el mercado.

Al respecto, los Jueces del Tribunal de Garantías Penales con sede en la Parroquia de Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, mediante sentencia en la que resolvió la acción de protección dentro de la causa Nro. 17240201900036, y, que fue ratificada en sentencia de 28 de noviembre del 2019, las 11h54, dictada, por los jueces constitucionales de Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha indicaron:

“La Corte Constitucional de Colombia, ha señalado que “El acto de denuncia tiene carácter informativo en cuanto se limita a poner en conocimiento de la autoridad encargada de investigar, la perpetración de una conducta presumiblemente delictuosa, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó y de los presuntos autores o partícipes, si fueren conocidos por el denunciante”; criterio que recoge los requisitos mínimos que debe contener una denuncia, los cuáles resultan similares en la mayoría de legislaciones, así en el presente caso, el Art. 54 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, exige como requisitos que debe contener una denuncia (...)

Adicionalmente, la autoridad constitucional señaló que en el caso de incidente en ámbito procesal se debe tener en cuenta que la SCPM tiene la facultad de iniciar investigaciones de oficio:

(...) Pero más allá de si era realmente necesario ratificar la actuación del abogado de la denunciante, para iniciar las investigaciones por parte de la **Superintendencia, por cuanto ésta de oficio pudo haber investigado presuntas prácticas desleales** en la actividad comercial de los operadores económicos. (Énfasis añadido)

Es así que, en el caso concreto la INICPD, a través de la denuncia presentada mediante escrito de 3 de diciembre del 2019 y del escrito de 09 de diciembre del 2019, tuvo conocimiento de la presunta práctica desleal atribuida tanto al operador económico INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., como al señor JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ, respectivamente.



Situación que como ha sido evidenciado en párrafos anteriores se apega estrictamente a las disposiciones legales contenidas en la LORCPM.

Sin perjuicio de lo indicado, esta Autoridad recuerda a los operadores económicos denunciados que la Disposición General Primera de la LORCPM establece que lo no previsto en la Ley se estará, entre otras normas, a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Ley que fue derogada y reemplazada por el Código Orgánico General de Procesos COGEP y en el que en su artículo 148 establece:

Art. 148.- Reforma de la demanda. **La demanda podrá reformarse hasta antes de la contestación por parte de la o del demandado.** Si después de contestada sobreviene un hecho nuevo, podrá reformarse hasta antes de la audiencia preliminar.

La o el juzgador cuidará que la o el demandado pueda ejercer su derecho de contradicción y prueba. (Énfasis añadido)

Por lo anotado, el Código Orgánico General de Procesos COGEP permite expresamente la reforma de la demanda siempre que tenga lugar antes de la contestación del demandado.

Por su parte, el término reformar de conformidad con el Diccionario Académico de la Lengua Española, en la segunda acepción, significa: “2. tr. *Modificar algo, por lo general con la intención de mejorarlo*”, situación que habría tenido lugar con la denuncia presentada en el presente caso por el operador económico **BALDORÉ CÍA. LTDA**, al señalar la posible existencia de otros posibles responsables de la conducta anticompetitiva denunciada.

Por lo que, en aplicación del artículo 148 del COGEP, como norma supletoria a la LORCPM al presente caso, esta Autoridad evidencia que la reforma “o modificación” a la denuncia tuvo lugar antes de que los operadores económicos presenten sus escritos de explicaciones, e incluso esta reforma a la denuncia fue presentada antes de la calificación realizada por esta Intendencia, razón por la que, mediante providencia de 18 de diciembre de 2019 esta Autoridad dispuso la aclaración y ampliación de la denuncia y mediante providencia de 27 de diciembre del 2019, corrió traslado a los operadores económicos INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA.; y, JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ, para que en el término de 15 días presenten explicaciones y puedan ejercer efectivamente su derecho a la defensa.

Razón por la que, a criterio de esta Intendencia no existe errónea integración de litisconsorcio pasivo, falta de legítimo contradictor y menos aún una violación de trámite.



2. ¿Existe indicios sobre el cometimiento de actos de confusión por parte del operador económico INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., y el Sr. JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ?

Conforme se desprende de la denuncia y anexos que presentó el denunciante, así como de la documentación recabada dentro del expediente, esta Intendencia procede a determinar si existen indicios del posible cometimiento de prácticas desleales por actos de confusión, específicamente, sobre el uso de la marca “**DON CASTELÓ Special**”.

En este sentido conforme lo señalado por el denunciante, los denunciados venderían una bebida de ron con marca “idéntica” o similar a una que comercializa el denunciante, de esta manera, tendría lugar el posible acto de confusión ya que tal situación no permitiría identificar a los consumidores quien es el real oferente de los productos comercializados.

Al respecto, el numeral 1 del artículo 27 de la LORCPM, establece:

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

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

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

Al respecto, conforme la LORCPM, se reputan desleales los actos que tienen por finalidad crear error en los consumidores en relación de la actividad, prestaciones, productos o establecimientos ajenos. Es decir, el error causado en el consumidor consiste en la dificultad de determinar quién es el real operador económico que ofrece el producto o servicio.

Respecto de esta conducta, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dentro del proceso 11-IP-2006, ha expresado que los actos de confusión tienen las siguientes características:

“1. Se trata, entonces, de determinar si dichos actos, en relación con un competidor determinado, generan confusión en el público consumidor respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor (...).

2. La norma se refiere a cualquier acto capaz de crear confusión por cualquier medio. Lo anterior quiere decir que se pueden presentar diversas maneras de



crear confusión **respecto de los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor**. Pueden, en efecto, darse en forma de artificios, engaños, aseveraciones, envío de información, imitación de marcas, productos, envases, envolturas, etc.⁷. (Énfasis añadido)

Desde un punto de vista doctrinario, Barreda señala que:

El resultado de la acción desleal es el «riesgo de confusión», de tal forma que se altere su percepción y modifique sus decisiones de mercado. [...] La existencia de riesgo de confusión deberá valorarse en cada caso atendiendo a **las circunstancias concurrentes**. Las pautas o criterios que suele tomar en consideración la jurisprudencia para valorar la existencia o no del riesgo de confusión son las siguientes: Valoración de conjunto de todas las circunstancias concurrentes [...]. Valoración en relación con el destinatario de los productos.”⁸ (Énfasis añadido)

Por lo indicado, el resultado del acto desleal es el “riesgo de confusión”, de tal forma que el consumidor altere su percepción y modifique sus decisiones de mercado: “[...] *La existencia de riesgo de confusión deberá valorarse en cada caso atendiendo a las circunstancias concurrentes. Las pautas o criterios que suele tomar en consideración la jurisprudencia para valorar la existencia o no del riesgo de confusión son las siguientes: Valoración de conjunto de todas las circunstancias concurrentes [...]. Valoración en relación con el destinatario de los productos*”.⁹

En consecuencia, el acto de competencia desleal por confusión consiste en causar error, real o potencial, en el consumidor o usuario respecto del real oferente del bien o servicio adquirido o que desea adquirirse.

Al realizar un análisis de Derecho comparado con la Ley de Competencia Desleal española (en adelante LCD), se evidencia que dicha legislación considera como actos de confusión lo siguiente:

Artículo 6. Actos de confusión.

Se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos.

⁷ En ámbito de propiedad intelectual, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 11-IP-2006, “Interpretación prejudicial de los artículos 154, 190, 191, 192, 243, literales a), b), y c), 258, 259, literales a), b) y c), 267, 268 y 269, y de la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, con fundamento en la consulta formulada por el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo, Cuenca, República del Ecuador”, p. 12.

⁸ BARREDA E., MANZANOS E., SÁNCHEZ L. y OTROS, *Competencia Desleal*, Memento Dossier, Broseta Abogados. Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011, págs. 63-66.

⁹ BARREDA E., MANZANOS E., SÁNCHEZ L. y OTROS, *Competencia Desleal*, Memento Dossier, Broseta Abogados. Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011, págs. 63-66.



El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica.

En virtud de la semejanza entre la conceptualización contenida en la normativa española y la LORCPM, esta Autoridad considera pertinente traer a colación la Sentencia 143/2014¹⁰, de la Audiencia Provincial de Barcelona en la que el juzgador señaló que la confusión está íntimamente relacionada con la identificación del oferente del bien servicio. En particular indicó:

La confusión que contempla esta norma está referida a los **medios de identificación utilizados por un empresario en el mercado**, bien sea de su actividad, de sus productos o prestaciones o de su establecimiento comercial (...)."

"La confusión en sentido estricto se produce cuando el **consumidor equivocadamente entiende que las prestaciones proceden del mismo origen empresarial** o que las empresas son las mismas o los establecimientos del mismo empresario, y ello puede acontecer porque considere que los medios de identificación son uno mismo (confusión directa o inmediata) (...). (Énfasis añadido)

Tanto la doctrina citada, como en la legislación comparada, coinciden con la LORCPM en el hecho de que los actos de confusión, tienen por objeto, impedir o restringir el derecho del consumidor a elegir los bienes y/o servicios del mercado de forma libre e informada.

En el caso objeto de análisis, el operador económico BALDORÉ CÍA. LTDA., detalló en su escrito mediante el cual, aclaró y completó su denuncia, que durante el 20 de noviembre de 2019 hasta la presente fecha, los denunciados han venido comercializando un producto consistente en una bebida alcohólica, ron, bajo el nombre "DON CASTELO", situación que puede ser evidenciada, conforme la información constante en las facturas y de lo aseverado por los denunciados en sus escritos de explicaciones¹¹.

Al respecto, el operador económico denunciante manifestó que, en su momento, no habría realizado el trámite de registro de la marca "DON CASTELO" ante el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI), sin embargo, habría obtenido el registro de notificación sanitaria para la comercialización del producto por la **AGENCIA NACIONAL DE REGULACIÓN Y CONTROL**

¹⁰ Sección décimo quinta rollo N.º 66/2013-1ª juicio ordinario N.º 811/2010 - juzgado mercantil N.º 3 de Barcelona de 23 de abril de 2014.

¹¹ El escrito de explicaciones Id. 159191, el Señor José Marcelo Coello; escrito de explicaciones de INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., con Id. 154824, y escrito presentado por el SENADI, con Id. 158934, mediante el cual, pone en conocimiento de esta Autoridad, el expediente correspondiente a la acción de nulidad con N.º. trámite: OCDI-2019-055-AN



SANITARIO (ARCSA), para fabricar y comercializar varios productos incluyendo el ron denominado “DON CASTELO”.

Situación que fue corroborada por dicha Agencia, a través del escrito y anexo presentados ante esta autoridad el 13 de febrero del 2020, las 12h35, signado con el ID de trámite 156933; mediante el cual remitió una matriz en la que detalla:

Nombre del producto: LICOR; la razón social del solicitante y titular del producto BALDORÉ CÍA. LTDA; marca del producto DON PEPO, **DON CASTELO**, DON CASTELO PLUS, BARRILITO VIEJO; Registro sanitario: 7620- ALN-1015, fecha de emisión el 12 de octubre del 2015; fecha de vigencia el 12 de octubre del 2020. (Énfasis añadido)

Por otra parte, ante la consulta realizada por esta Autoridad, el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI), en el escrito 9 de marzo del 2020, las 12h22, remitió el título de registro número SENADI_2019_TI_1877 de la marca de producto “DON CASTELO Special más logotipo”, otorgado a COELCEM CÍA. LTDA.; así como, el título de registro número SENADI_2019_TI_6211 del nombre comercial, “DON CASTELO SPECIAL”, otorgado a BALDORÉ CÍA. LTDA.

Teniendo en cuenta la diferencia existente tanto jurídica como doctrinaria entre marca y nombre comercial, situación que excede al ámbito de esta resolución, corresponde analizar a esta Intendencia, si el registro y uso de la marca “DON CASTELO Special”, por parte del operador económico denunciado otorga indicios suficientes respecto de la existencia de una posible conducta desleal por confusión, teniendo en consideración que el denunciante habría estado utilizando dicha denominación tiempo atrás en sus actividades económicas en el mercado.

Al respecto, de los hechos no controvertidos en el presente expediente esta Intendencia considera que el operador económico BALDORÉ CÍA LTDA., habría utilizado la denominación “DON CASTELO”, desde el año 2016, para identificar su producto. En tal sentido, el registro de una marca que sea muy similar al nombre del producto comercializado por parte de un competidor puede tener un efecto potencial de inducir a error a los consumidores respecto del real oferente del producto analizado.

En este escenario, el consumidor al encontrar un producto con la denominación DON CASTELO especial, podría entender que se trata del mismo producto o de uno muy similar que proviene a su vez del mismo operador económico que lo venía produciendo y/o comercializando.

Respecto de la posible responsabilidad y participación de los operadores económicos denunciados, cabe indicar, que conforme la documentación constante en el expediente la empresa INDUSTRIAL COELLO & COELLO



COELCEM CÍA. LTDA., habría realizado el registro de marca de la bebida alcohólica “DON CASTELÓ SPECIAL” y para su comercialización el señor JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ habría obtenido los registros sanitarios correspondientes, situación por la que la participación del producto en el mercado deviene de la colaboración de los operadores económicos.

En este sentido, desde la perspectiva de la inducción a error al consumidor respecto del real oferente del producto comercializado, esta Autoridad tiene en consideración que además del registro distintivo de un producto, el registro sanitario, constituye un habilitante para su comercialización en el mercado.

Finalmente, esta Autoridad considera necesario señalar que el artículo 78, numeral 2, letra c) de la LORCPM, establece que:

Art. 78.- Infracciones.- Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves. (...)

Son infracciones graves: (...)

c) El falseamiento del régimen de competencia mediante prácticas actos desleales en los términos establecidos en el artículo 27 de esta Ley...

Por su parte, el numeral 1 del artículo 27 de la LORCPM establece como acto de confusión toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajenos.

En tal sentido, conforme la configuración normativa desarrollada en la LORCPM, es de competencia de la SCPM el conocer y eventualmente sancionar las conductas reales o potenciales que induzca a confusión al consumidor, cuando estas cumplan con los requisitos contenidos en el artículo 26 de la LORCPM.

Por el análisis realizado, en el presente caso existen indicios sobre el posible cometimiento de actos de confusión por parte del operador económico INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., y el Sr. JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ. Sin embargo, conforme los parámetros de cualificación exigidos en el artículo 26 de la LORCPM, le corresponde a esta Autoridad evidenciar además la existencia de indicios del falseamiento al régimen de competencia y afectación al interés general.

3. ¿Existe indicios de afectación al interés general y falseamiento de la competencia?



Es importante anotar que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de esta Intendencia, conoce de actos de competencia desleales; sin embargo, sus facultades y atribuciones están limitadas por las distintas disposiciones normativas contenidas en la Ley.

En consecuencia, la norma establece aquellas conductas, que conforme su cualificación, constituyen una infracción que merece ser sancionada.

En tal virtud, el bien jurídico tutelado por la LORCPM, entre otros, es precisamente la concurrencia justa y competitiva de los operadores económicos en el mercado.

En este orden de ideas, el artículo 25 de la LORCPM, en su parte pertinente establece:

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

Conforme la cláusula general contenida en el artículo 25 de la LORCPM, constituyen prácticas desleales todos los hechos, actos o prácticas contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas. Por lo que, las conductas enlistadas en el artículo 27 de la LORCPM, son aquellas que el legislador ha catalogado como deshonestas, sin que dicho catálogo sea taxativo.

Por su parte, el artículo 26 de la LORCPM, establece en su parte pertinente:

Art. 26.- Prohibición.- Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

En tal virtud, las prácticas desleales, en el marco de la LORCPM, son aquellas conductas contrarias a los usos o costumbres honestos que impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atente contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, de ahí que el elemento principal de la deslealtad en materia económica es la contravención a la buena fe comercial, que a su vez, es causa del falseamiento del régimen de competencia económica, tutelado por la LORCPM.

Ahora bien, la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI), en la resolución dictada, el 11 de abril de 2016, dentro del expediente SCPM-



CRPI-2015-076¹², respecto de la sanción de los actos de competencia desleal en el marco de la LORCPM, afirmó que las conductas desleales típicas, antijurídicas, culpables y punibles en materia de competencia desleal son objeto de sanción solo por el evento de su realización y “no se atiende los efectos en los mercados”.

Sin embargo, el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado, en calidad de la máxima autoridad administrativa, al conocer un recurso de apelación presentado dentro del expediente No. SCPM-DS-INJ-RA-016-2019 dentro del caso SCPM-IGT-INICPD-004-2019, consideró:

... [E]n general, como se desarrollaba la concurrencia en el mercado antes del supuesto cometimiento de las prácticas desleales, y si éste por concepto de la anti competitividad, cambió. En **este aspecto, y conforme el análisis realizado por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales no se observa afectación alguna al mercado de prestadores de servicios de internet autorizados por la ARCOTEL en el mercado geográfico determinado, así como, tampoco en el ámbito temporal referido.** (...)

... [P]uesto que del escrito de denuncia se desprende que las supuestas prácticas fueron realizadas por el señor XXX en contra el operador económico XXX, **a pesar de que este organismo técnico de control no tiene competencia para dirimir conflictos entre particulares, se realizó la investigación respecto de la competitividad en el mercado relevante y afectación al mismo.** (Énfasis añadido).

En tal sentido, esta Intendencia se aparta del criterio esgrimido por la CRPI y concuerda con el criterio expresado por la máxima autoridad de esta institución conforme el siguiente análisis:

Como una primera aproximación, es importante señalar que históricamente tanto la defensa de la competencia como la competencia desleal son ramas del derecho de la competencia, que, si bien se encuentran estrechamente interrelacionadas, ya que buscan proteger el orden “concurrencial saneado”¹³, gozan de características propias y tienen un ámbito de aplicación claramente diferenciados.

Así, en la configuración normativa de una gran cantidad de países, la regulación de la competencia se encuentra conformado por dos normas distintas; en primer

¹² Criterio replicado en las resoluciones de 15 de junio de 2017, dentro del expediente SCPM-CRPI-005-2017, Página 32; de 15 de abril de 2016, dentro del expediente SCPM-CRPI-2015-072, Página 26; entre otras.

¹³ Díez Estella, F., “Las complicadas relaciones entre la ley de defensa de la competencia y la ley de competencia desleal” Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea, n° 213, Mayo /Junio 2001. [http://fernandodiezestella.com/Publicaciones/relaciones_ldc_lcd_\(2001\).pdf](http://fernandodiezestella.com/Publicaciones/relaciones_ldc_lcd_(2001).pdf) P. 7



lugar, por una ley de defensa de la competencia; y, en segundo lugar por la ley de competencia desleal.¹⁴

En este sentido, de manera general es correcto afirmar que las normas de defensa de la competencia, o normas antimonopolio, regulan la competencia desde un prisma de protección al interés público, es decir, la eficiencia económica, el bienestar mercado y consumidores.

Por el contrario, producto de la evolución al modelo social del derecho de la competencia desleal, las normas que regulan, prohíben y sancionan conductas desleales tienen por objeto principal el proteger intereses privados de los empresarios en conflicto, así como también los intereses colectivos del consumo.

En el caso ecuatoriano, existe la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, norma que además de sancionar el abuso de poder de mercado, los acuerdos restrictivos de la competencia, el control y regulación de las operaciones de concentración económica, busca la **“prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”**. (Énfasis añadido)

Ahora bien, para una correcta identificación de la real naturaleza de la LORCPM, es necesario realizar un análisis integral de las distintas disposiciones normativas, es decir, debe ser objeto de examen las facultades, atribuciones, así como, obligaciones que establece la norma a la autoridad competente.

Al respecto, es indispensable anotar que el artículo 5 de la LORCPM establece que, para cada caso, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado deberá determinar el mercado relevante, en particular la disposición indicada establece:

Art. 5.- Mercado relevante.- **A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante.** Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado... (Énfasis añadido)

Es decir, en todos los casos, incluidos aquellos en los que se traten asuntos relativos a conductas de competencia desleal, la SCPM debe necesariamente determinar un mercado relevante. Por tal razón, para que la autoridad de competencia pueda conocer y eventualmente sancionar una conducta

¹⁴ A modo de ejemplo encontramos el caso de España: Ley 15/2009 y Ley 3/1991; Colombia: LEY 1340 DE 2009 y LEY 256 DE 1996; Perú: Decreto Supremo N° 030-2019-PCM y DECRETO LEGISLATIVO N° 1044.



anticompetitiva, ésta deberá ocasionar un efecto real o potencial, en el mercado relevante determinado dentro de la investigación¹⁵.

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

En particular, el artículo 26 de la LORCPM ordena la prohibición y sanción de aquellas conductas desleales que afecten el orden público económico:

Art. 26.- Prohibición.- **Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.**

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

(Énfasis añadido)

Por lo que, en virtud del artículo 26 de la LORCPM, solo serán objeto de prohibición y sanción en el marco de la LORCPM, los actos de competencia desleal que afecten real o potencialmente el régimen de competencia¹⁶; es decir, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios dentro del mercado relevante determinado.

En tal sentido, resulta evidente que el artículo 26 de la LORCPM restringe la competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado únicamente para aquellos casos en que exista una afectación al orden público económico.

Al respecto, la doctrina ha señalado:

... el requisito de afección al orden público, que en el caso colombiano y en la mayoría de países es excepcional, en Ecuador es la regla. En efecto, en el caso ecuatoriano todo acto de competencia desleal que se conoce por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado debe tener por característica impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la

¹⁵ Al respecto, el artículo 2 de la LORCPM establece que están sujetos a las disposiciones de la Ley todas las personas, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.

¹⁶ En concordancia con los artículos 1, 25 y 78, numeral 2, letra c) de la LORCPM.



eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios (art. 26, LORCPM). De no encontrarse en esta situación, se convierte en un acto de competencia desleal para conocimiento ante jueces de lo civil, que no cuenta con todos los mecanismos preventivos que pueden ser dispuestos por la SCPM.¹⁷

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

En adición, conforme el segundo inciso del artículo 26 de la LORCPM, los casos de competencia desleal en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia.

Ahora bien, en el presente caso, de conformidad con lo expresado en el análisis económico, y los mercados definidos conforme su actividad económica, esta Intendencia identificó que INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA., en el sector elaboración de bebidas, nivel 4: al contener bebidas alcohólicas destiladas y servicios de apoyo, tendría una participación preliminar del 0,3%. Adicionalmente, en el sector fabricación de vidrio y productos de vidrio Nivel 6: tendría una participación preliminar del 1,7%.

En similar sentido, respecto de operador económico JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ: esta Intendencia identificó que en el sector de elaboración de bebidas, nivel 4 tendría una participación preliminar aproximada del 0,1% en este sector.

En consecuencia, es criterio que de esta Autoridad que, *a priori*, dada la pequeña cuota de mercado calculado preliminarmente, los operadores económicos denunciados no tendrían la capacidad suficiente de falsear el régimen de competencia, de conformidad con lo determinado en el artículo 78 de la LORCPM, situación por la que, en aplicación del artículo 2, 5 y 26 de la LORCPM esta Autoridad no es competente para conocer la presente denuncia.

Al respecto, el primer inciso del artículo 31 del Reglamento de la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado determina:

“Art. 31.- Denuncia ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Si presentada una denuncia por la presunta comisión de prácticas desleales ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dicha autoridad determina, durante la etapa preliminar o al concluir la etapa de investigación, **que**

¹⁷ María Elena Jara, *La protección contra la competencia desleal en la LORCPM*, en “Derecho Económico Contemporáneo”, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2017), 225.



únicamente se discuten cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares y que tales prácticas no podrían producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores o usuarios, remitirá el expediente a la autoridad competente en materia de propiedad intelectual, la que avocará conocimiento y resolverá de conformidad con la ley que regule la propiedad intelectual y con el ordenamiento jurídico. (Énfasis añadido)

En tal virtud, al identificar una posible práctica desleal que **no podría producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores o usuarios** y está relacionada con la infracción de derechos de propiedad intelectual, la INICPD considera que la autoridad de derechos de propiedad intelectual es la competente para conocer la presente causa.

Otras consideraciones.-

Mediante escrito de 09 de julio de 2020, con Id. 164207, el denunciante BALDORÉ CÍA LTDA., se refirió respecto del escrito de explicaciones presentado por INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA LTDA., y a su criterio, explicó que carece de fundamento jurídico y denota la necesidad de que se ordene el inicio del proceso de investigación, conforme el artículo 56 de LORCPM.

Además, explicó que:

... en el presente caso no solo está en riesgo los derechos de Propiedad Intelectual BALDORÉ CIA. LTDA., los mismos que están siendo reivindicados por mi representada ante el SENADI a través de una acción de nulidad al registro de la marca "DON CASTELÓ" de INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CIA. LTDA y una tutela administrativa en contra del señor JOSÉ MARCELO COELLO GOMEZ, sino que además están en riesgo los derechos del consumidor y los derechos de los competidores en el mercado, entre los cuales se incluye BALDORÉ CIA LTDA., lo que implica además una incidencia negativa en el interés general.

Por otro lado, es importante señalar, que BALDORÉ en la página 9 del escrito referido *ut supra*, señaló que los denunciados habrían imitado la marca DON CASTELÓ, de conformidad con el numeral 3 del artículo 27 de la LORCPM.

Finalmente, en las conclusiones explicó que:

... Conforme lo acreditamos en la denuncia y en el presente alegato, en la conducta a ser investigada no solo se discute cuestiones de propiedad intelectual entre pares, pues está en juego una afectación negativa al interés general o al bienestar del consumidor debido a las presuntas prácticas desleales incurridas, a saber 1) confusión respecto del establecimiento, productos o la actividad industrial o comercial; 2) imitación de las iniciativas empresariales de BALDORÉ CIA. LTDA y 3) desvío de cliente ajena.



Al respecto, esta Intendencia evidencia que el operador incorporó otras conductas a las originalmente denunciadas. Al respecto, la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, en su artículo 55, en su parte pertinente, establece lo siguiente:

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

Presentada la denuncia y con anterioridad a la resolución de inicio del procedimiento, el órgano de sustanciación podrá realizar **actuaciones previas** con el fin de reunir información o identificar indicios razonables de la existencia de infracciones a esta Ley.” (Énfasis añadido)

En adición, en su artículo 56 de la Ley dispone:

“**Vencido el término señalado en el artículo anterior**, el órgano de sustanciación deberá pronunciarse sobre el inicio de la investigación en el término de diez días. Si estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en esta ley, mediante resolución motivada ordenará el inicio de la investigación, señalando el plazo de duración de la misma, plazo que podrá ser ampliado si fuere necesario...” (Énfasis añadido)

Por su parte, el Reglamento para la aplicación de la Ley, en su artículo 62, establece:

“**Vencido el término para que el presunto o presuntos responsables presenten explicaciones, si el órgano de investigación estimare que existen presunciones** de la existencia de alguna de las infracciones previstas en la Ley, emitirá, en el término de diez (10) días, una resolución debidamente motivada en la que dará por iniciada la etapa de investigación y establecerá su plazo de duración que no podrá exceder de ciento ochenta (180) días, prorrogables hasta por ciento ochenta (180) días adicionales por una sola vez...” (Énfasis añadido)

De tal manera, conforme la LORCPM y su reglamento, al momento de resolver respecto al inicio de una investigación o el archivo de la denuncia, la Autoridad deberá pronunciarse respecto de las explicaciones y las actuaciones previas obradas en el expediente. En el caso sub judice, la denuncia fue planteada por supuestos actos de confusión¹⁸, y sobre esta conducta los operadores económicos presentaron las explicaciones correspondientes.

¹⁸ Escrito de denuncia presentada por BALDORÉ CIA LTDA, de 3 de diciembre de 2019, con Id. 151222, sección: "VII.- Descripción detallada de la conducta denunciada, indicando el periodo aproximado de su



En este sentido, en el escrito de 9 de julio de 2020 el operador económico manifestó la posible existencia de otros actos de competencia desleal tales como imitación de prestación empresariales y “desvío de clientela”. Al respecto, esta Intendencia se ve impedida de analizar las conductas señaladas en el escrito presentado el 9 de julio de 2020, en tanto que los operadores económicos denunciados no pudieron pronunciarse de estas conductas adicionales.

En este orden de ideas, en el supuesto que esta Intendencia analizare en la presente resolución conductas tales como imitación o “desviación de clientela”, sin contar con el pronunciamiento de los denunciados se configuraría una evidente vulneración a la garantía del derecho a la defensa y debido proceso, en tanto que, la presente resolución trataría actos supuestamente desleales sin que contemple el derecho mínimo de los denunciados a ser escuchado respecto de estas conductas dentro del expediente.

Sin perjuicio de lo indicado, en el supuesto que esta Autoridad considerare que existen indicios respecto de actos de imitación de prestaciones empresariales y “desviación de clientela”, esta Intendencia, se permite aclarar que conforme consta en el análisis económico de esta resolución, no existiría el falseamiento al régimen de competencia real ni potencial al mercado relevante definido de manera preliminar, por lo que se trataría de un litigio privado entre pares.

SÉPTIMO: RESOLUCIÓN.-

Por los fundamentos de hecho, de derecho y análisis económico realizado esta Autoridad, **RESUELVE:**

PRIMERO.- Con base en las consideraciones expuestas en esta resolución y en virtud de que únicamente se discuten cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares y que tales prácticas no podrían producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores o usuarios,

duración o inminencia”, página 5-6, el denunciante explicó: “... prácticas desleales bajo la jurisdicción de la SCPM.- Actos de Confusión...”, citó el numeral 1 del artículo 27 de la LORCPM.

Escrito de 09 de diciembre de 2019, con Id. 151507, BALDORÉ CIA LTDA. en la sección: “VII.- Descripción detallada de la conducta denunciada, indicando el periodo aproximado de su duración o inminencia”, página 4-5, explicó: “... prácticas desleales bajo la jurisdicción de la SCPM.- Actos de Confusión...”, así también, el denunciante volvió a citar el numeral 1 del artículo 27 de la LORCPM.

Finalmente, mediante escrito de 23 de diciembre de 2019, con Id. 152604, BALDORÉ CIA. LTDA., aclaró y completó su denuncia de conformidad a lo dispuesto en la providencia de 18 de diciembre de 2019. El denunciante, en la página 3 y 4, explicó que: “... por lo que esta conducta se adecuaría a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Orgánica de Control de (sic) Poder de Mercado (LORCPM):

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

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

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



ordénese el archivo de la presente causa y de conformidad con el artículo 26 de la LORCPM y el artículo 31 del Reglamento a la LORCPM, remítase el presente expediente al Servicio Nacional de Derechos Intelectuales SENADI, a fin de actúe en el marco de sus competencias.

SEGUNDO.- Notifíquese con la presente resolución a los operadores económico INDUSTRIAL COELLO & COELLO COELCEM CÍA. LTDA.; al señor JOSÉ MARCELO COELLO GÓMEZ y, el operador económico BALDORÉ CÍA. LTDA.;

TERCERO.- Remítase atento memorando a la Intendencia General Técnica, informando el contenido de esta resolución.

CUARTO.- Continúe actuando el abogado Franklin Arévalo como secretario temporal dentro del presente expediente administrativo.-

CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-



Abg. Pablo Carrasco Torrontegui

INTENDENTE DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS DESLEALES

REF. RES-SCPM-IGT-INCPD-2020-009

