



INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES

Expediente No. SCPM-IGT-INICPD-019-2020

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES.- Quito D.M., 11 de enero de 2021.-

VISTOS.- En mi calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-0110-2019-A, de 22 de marzo de 2019, en uso de mis facultades legales, dentro del presente expediente de investigación, realizo las siguientes consideraciones:

PRIMERO.- ANTECEDENTES:

- Mediante escrito y anexos, presentados día 12 de noviembre de 2020, las 13h22, con ID trámite 176270, el operador económico ZAPHIREDELCOR CÍA. LTDA., denunció el cometimiento de presuntos actos de competencia desleal por parte del señor Jomarth Gonzalo Villacres De La Cruz y la compañía RPB S.A.
- Mediante providencia de 25 de noviembre de 2020, esta Intendencia ordenó al operador económico ZAPHIREDELCOR CÍA. LTDA., dentro del término de tres días, contados a partir de la notificación con la providencia, ACLARE Y COMPLETE, su denuncia en las letras c) y d) del artículo 54 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.
- Mediante escrito de 26 de noviembre de 2020, las 15h55, con ID 177912, el operador económico aclaró y completó su denuncia.
- Mediante providencia de 01 de diciembre de 2020, esta Intendencia, en lo principal, consideró que la denuncia es clara y completa, avocó su conocimiento, abrió el expediente signado con el número SCPM-IGT-INICPD-019-2020 y dispuso que se corra traslado con la denuncia y la documentación respectiva a los denunciados en las direcciones señaladas por ZAPHIREDELCOR CÍA. LTDA.
- Los cuestionarios 1 y 2 realizados por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.
- Mediante providencia de 08 de diciembre de 2020, esta Intendencia, en lo principal, agregó los Cuestionarios 1 y 2, mediante los cuales requirió información ZAPHIREDELCOR CÍA. LTDA., JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ y COMPAÑÍA RPB S.A., así también al Servicio Nacional de Derechos Intelectuales.
- El Oficio Nro. SENADI-DG-MA-2020-0044-OF y sus anexos, presentados por Mgs. Pablo Santiago Cevallos Mera, en su calidad de Director General del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, el día 15 de diciembre de 2020, las 14h08, con ID 179771.



- El escrito y anexo presentados por Jomarth Gonzalo Villacrés De La Cruz, el día 17 de diciembre de 2020, las 10h54, con ID 179911, remitió información contenida en el Cuestionario 1.
- El escrito y anexo presentados por ZAPHIREDELCOR CÍA. LTDA., el día 22 de diciembre de 2020, las 16h39, con ID 180334, remitió información contenida en el Cuestionario 1.
- El escrito de explicaciones y anexos presentados por el abogado PEDRO MANUEL CÓRDOVA BALDA, y remitió copia simple del poder especial otorgado por la compañía RPB S.A., el día 23 de diciembre de 2020, las 16h14, con ID 180441.
- El escrito de explicaciones y anexos presentados por JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ, el día 23 de diciembre de 2020, las 16h14, con ID 180508.
- Mediante providencia de 24 de diciembre de 2020, esta Intendencia, agregó los escritos referidos, *ut supra*, así como también solicitó al abogado Pedro Manuel Córdova Balda, remita copia certificada del poder especial otorgado a su favor por la compañía RPB S.A.
- El escrito y anexo presentados por el abogado Pedro Manuel Córdova Balda, el día 30 de diciembre de 2020, las 14h40, con ID 180883.
- Mediante providencia de 05 de enero de 2020, esta Intendencia, agregó el escrito referido, *ut supra*.
- El escrito presentado por el señor JORMARTH GONZALO VILLACRÉS DE LA CRUZ, ingresado el 07 de enero de 2021, las 16h34, signado con el ID 181388.
- La providencia de 11 de enero de 2021, mediante, esta Intendencia, agregó el escrito referido.

SEGUNDO.- COMPETENCIA.-

El primer inciso del artículo 213 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) establece:

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

El artículo 1 de la LORCPM dispone:

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

El primer inciso del artículo 2 de la LORCPM establece:

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

El primer inciso del artículo 3 de la LORCPM correspondiente al principio de primacía de la realidad dispone:

“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”.

Los numerales 2, 5, 6 y 10 del artículo 4 de la LORCPM, que establece los lineamientos para la regulación y principios para la aplicación determinan:

[...] 2. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular.

[...] 5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado.

6. El establecimiento de un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre concurrencia.

[...] 10. La necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes. [...]

El artículo 5 *ibídem* dispone que:

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

El artículo 25 de la LORCPM establece:

“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.

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

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

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

El artículo 26 de la mencionada norma legal ordena:

“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”.

El artículo 27, particularmente, en los numerales 1 y 3 literal b) de la LORCPM establece:

“Prácticas Desleales.- Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: [...]

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

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

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

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

La potestad de este órgano administrativo para conocer e iniciar una investigación por el posible cometimiento de prácticas desleales se fundamenta en el artículo 56 de la LORCPM, que determina:

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...

El artículo 62 del Reglamento a la LORCPM, respecto al inicio de una investigación formal en los procedimientos incoados por denuncia establece que:

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.

El artículo 8 establece el procedimiento para los casos de investigación iniciados por denuncia, el cual en el inciso segundo literal a) determina que:

“Fenecido el término para la presentación de explicaciones, el órgano de investigación competente, en el término de diez (10) días, procederá a pronunciarse mediante resolución motivada respecto del inicio del procedimiento de investigación o del archivo de la denuncia”.

Con sustento en las normas legales señaladas esta autoridad tiene la competencia para emitir la siguiente resolución.

TERCERO.- VALIDEZ PROCESAL.-

De la revisión del presente expediente administrativo, esta Intendencia considera que, no se ha omitido solemnidad sustancial alguna, ni violentado algún derecho constitucional o legal que pueda lo viciar de nulidad, por lo que esta Autoridad declara la validez del presente proceso.

CUARTO.- IDENTIFICACIÓN DEL DENUNCIADO

En calidad de denunciados se encuentran los siguientes:

JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ con RUC: 1723601256001, conforme consta en el Servicio de Rentas Internas, estaría ACTIVO, con la actividad económica principal, la venta al por menor de otros productos alimenticios en establecimientos especializados, con fecha de inicio de actividades el 09 de febrero de 2017, y realizó una actualización 23 de octubre de 2020.

La Compañía RPB S.A., una sociedad organizada y existente conforme a las leyes de Argentina, a través de su Apoderado en Ecuador, el Ab. Pedro Córdova Balda.

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. La conducta objeto de investigación

Mediante escrito y anexos, presentados el 12 de noviembre de 2020, las 13h22, con ID 176270, el operador ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., denunció a JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ y RPB S.A., por el presunto cometimiento de prácticas desleales de actos de confusión e imitación contenidos en el numeral 1 y 3 letra b) del artículo 27 de la LORCPM.

5.2. Las características de los bienes o servicios que estarían siendo objeto de la conducta

El artículo 5 de la LORCPM establece que: “la Superintendencia de Control de Poder de Mercado determinará para cada caso un mercado relevante, para lo cual se deberá considerar, 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”.

Respecto de las características de los bienes y servicios que estarían siendo objeto de la conducta, el denunciante señaló lo siguiente:

Los bienes objeto de la conducta denunciada **son edulcorantes (sustitutos del azúcar)** considerando que tanto ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA. como los denunciados se dedican a la fabricación, distribución o comercialización de este tipo de productos.

El producto afectado con la conducta denunciada es **el edulcorante fabricado por ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., con la marca SIDIET**.¹ (Énfasis añadido)

Al respecto, esta Intendencia identifica que el producto objeto de investigación, sería un endulzante o edulcorante líquido, en particular marca SIDIET, conforme consta en el registro de marca No. 8645-11, tendría las siguientes características:

Presentación:	Solución o Endulzante Líquido
Contenido Neto:	60 ml
Vía de Administración:	Oral
Posología:	Inges2 gotas endulzan como 1 cucharadita de azúcar. Pruebe distintas cantidades y determine su gusto. Apto para endulzar café, té, postres o su bebida favorita. Ingesta diaria aceptable

Fuente: Registro de marca No. 8645-11

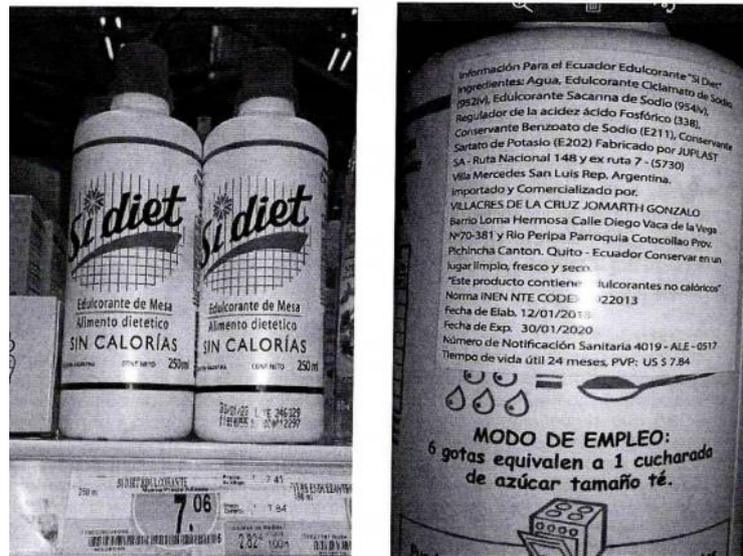
¹ Escrito de denuncia, de 12 de noviembre de 2020, las 13h22, con Id. Trámite 176270, P. 8.



Producto de ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA



Por otro lado, conforme consta en la denuncia, el 23 de agosto de 2018 ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., habría interpuesto una tutela administrativa en el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI) en contra del señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ, por la supuesta comercialización de un edulcorante, conforme las siguientes imágenes:



Con la siguiente descripción en su etiqueta: “... SIDIET edulcorante de Mesa Alimento dietético SIN CALORÍAS, 250ml...” “... Información Para el Ecuador Edulcorante “SI DIET” “Ingredientes: Agua, Edulcorante Ciclamato de Sodio...” “... Fabricado por JUPLAST S.A.- Ruta Nacional 148 y ex ruta 7-(5730). Villa Mercedes San Luis Rep. Argentina...” “... Importado y Comercializado por: VILLACRES DE LA CRUZ JOMARTH GONZALO” “... PVP 7.84...” “... MODO DE EMPLEO: 6 gotas equivalen a 1 cucharada de azúcar tamaño té...”.

Además, conforme consta en la diligencia de materialización desde la página web o cualquier soporte electrónico No. 20201701017C01570, realizado el 10 de noviembre de 2020, por la notaria Rocio Elina García Costales Notaria Décima Séptima del Cantón Quito, constató las siguientes imágenes:

Producto de ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA Producto de JV IMPORTACIONES & BUSINESS



Fuente: Materialización desde la página web o cualquier soporte electrónico No. 20201701017C01570

Análisis General del Sector

En este sentido, en términos generales, el mercado relevante preliminar, se puede definir como el conjunto de bienes y servicios que son considerados por los consumidores como sustitutos entre ellos y el producto bajo 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 sentido, esta Intendencia identifica de manera preliminar, el producto de investigación, sería un endulzante o edulcorante líquido.

Al respecto, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, se define como edulcorante: "... Sustancia que edulcora los alimentos o medicamentos..."² Así también, la palabra edulcorar, se define como: "...Endulzar cualquier producto de sabor desagradable o amargo con sustancias naturales, como el azúcar, la miel, etc., o sintéticas, como la sacarina..."³

Según Adrew Smith, en su libro "Food and Drink in American History: A full Couse", el primer edulcorante artificial habría sido la sacarina, un polvo blanco capaz de endulzar hasta 300 veces más que el azúcar común.⁴

En el año 1952, se identificó el segundo edulcorante artificial, denominado ciclamato, y otros derivados de éste. Para 1991, el mercado de productos de baja calorías o de dieta, ya habrían estado utilizando un tercer aditivo llamado aspartamo.

² Obtenido de: <https://dle.rae.es/edulcorante>

³ Obtenido de: <https://dle.rae.es/edulcorar>

⁴ Smith, Andrew. Food and Drink in American History. Santa Barbara, ABC-CLIO 2013.

Por otra parte, se encuentra la estevia, que es considerada un sustituto natural del azúcar convencional, la misma, es extraída de una variedad de plantas de la familia del girasol. En el mercado estadounidense la FDA declaró seguro el consumo de estevia, y se aprobaron dos derivados de éste, que serían, Truvi (fabricado por Coca-Cola Company y Cargill) y Purevia (Fabricado por PepsiCo y Whole Earth Sweetener Company).⁵

Posteriormente, se identificaron otros potenciales sustitutos del azúcar blanco, como por ejemplo: la sucralosa, el acesulfame de potasio, el neotamo, entre otros.

En este sentido, esta Intendencia identifica que en el mercado existirían varios productos que cumplirían con la función de endulzar un alimento, como por ejemplo las siguientes:

Azúcar Blanca	Este tipo de azúcar, por lo general, es el mayor uso, posee el 99,9% de pureza, se extrae de la caña de azúcar.																																																																																				
Azúcar Morena	De igual manera se extrae de la caña de azúcar, sin embargo, el proceso es diferente, ya que no es tan refinada en comparación con la azúcar blanca.																																																																																				
Azucares líquidas	Se obtiene disolviendo azúcar blanco con agua desmineralizada, filtrándose y purificándose.																																																																																				
Azucares especiales	Azúcar ecológica de caña integral: cultivos ecológicos sin pesticidas ni fertilizantes químicos Azúcar Candy moreno: se obtiene al alargar el tiempo de cristalización del azúcar Azúcar bolada o perlada: es una agrupación de glass encapsulada en una disolución de azúcar. Azúcar en terrones: forma con vapor de agua y presión.																																																																																				
Sucedáneos y edulcorantes artificiales	<table border="1"> <thead> <tr> <th>Compuestos</th> <th>Energía(kcal/g)</th> <th>Poder Edulcorante</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td colspan="3">Edulcorantes nutritivos o energéticos (naturales o semisintéticos)</td> </tr> <tr> <td colspan="3">Monosacáridos</td> </tr> <tr> <td>Glucosa</td> <td>3,7</td> <td>0,7</td> </tr> <tr> <td>Fructosa</td> <td>3,7</td> <td>1,1-1,3</td> </tr> <tr> <td colspan="3">Disacáridos</td> </tr> <tr> <td>Sacarosa</td> <td>3,9</td> <td>1</td> </tr> <tr> <td>Maltosa</td> <td>4</td> <td>0,5-0,6</td> </tr> <tr> <td>Lactosa</td> <td>4</td> <td>0,15-0,30</td> </tr> <tr> <td colspan="3">Polialcoholes</td> </tr> <tr> <td colspan="3">Alcoholes monosacáridos</td> </tr> <tr> <td>Sorbitol</td> <td>2,6</td> <td>0,7</td> </tr> <tr> <td>Manitol</td> <td>1,6</td> <td>0,4</td> </tr> <tr> <td>Xilitol</td> <td>2,4</td> <td>0,9-1,2</td> </tr> <tr> <td colspan="3">Alcoholes disacáridos</td> </tr> <tr> <td>Lactitol</td> <td>2</td> <td>0,3-0,4</td> </tr> <tr> <td>Isomaltitol</td> <td>2</td> <td>0,3-0,5</td> </tr> <tr> <td>Maltitol</td> <td>2,4</td> <td>0,9</td> </tr> <tr> <td>Eritritol</td> <td>0,2</td> <td>0,6-0,7</td> </tr> <tr> <td colspan="3">Edulcorantes no nutritivos o no energéticos (sintéticos o intensos)</td> </tr> <tr> <td>Sacarina</td> <td>0</td> <td>200-300</td> </tr> <tr> <td>Ciclamato</td> <td>0</td> <td>oct-30</td> </tr> <tr> <td>Aspartamo</td> <td>4</td> <td>100-200</td> </tr> <tr> <td>Acesulfatamo potásico</td> <td>0</td> <td>100-150</td> </tr> <tr> <td>Neohesperidina dihidrochalcona</td> <td>0</td> <td>250-1800</td> </tr> <tr> <td>Taumatina</td> <td>4</td> <td>1400-2000</td> </tr> <tr> <td>Sucralosa</td> <td>0</td> <td>500-650</td> </tr> <tr> <td>Sal de aspartamo</td> <td>-</td> <td>100-200</td> </tr> </tbody> </table> <p><small>El poder edulcorante se determina en relación con la sacarosa. Los valores recogido referidos, principalmente, a concentraciones de sacarosa entre 8 y 10%.</small></p>	Compuestos	Energía(kcal/g)	Poder Edulcorante	Edulcorantes nutritivos o energéticos (naturales o semisintéticos)			Monosacáridos			Glucosa	3,7	0,7	Fructosa	3,7	1,1-1,3	Disacáridos			Sacarosa	3,9	1	Maltosa	4	0,5-0,6	Lactosa	4	0,15-0,30	Polialcoholes			Alcoholes monosacáridos			Sorbitol	2,6	0,7	Manitol	1,6	0,4	Xilitol	2,4	0,9-1,2	Alcoholes disacáridos			Lactitol	2	0,3-0,4	Isomaltitol	2	0,3-0,5	Maltitol	2,4	0,9	Eritritol	0,2	0,6-0,7	Edulcorantes no nutritivos o no energéticos (sintéticos o intensos)			Sacarina	0	200-300	Ciclamato	0	oct-30	Aspartamo	4	100-200	Acesulfatamo potásico	0	100-150	Neohesperidina dihidrochalcona	0	250-1800	Taumatina	4	1400-2000	Sucralosa	0	500-650	Sal de aspartamo	-	100-200
Compuestos	Energía(kcal/g)	Poder Edulcorante																																																																																			
Edulcorantes nutritivos o energéticos (naturales o semisintéticos)																																																																																					
Monosacáridos																																																																																					
Glucosa	3,7	0,7																																																																																			
Fructosa	3,7	1,1-1,3																																																																																			
Disacáridos																																																																																					
Sacarosa	3,9	1																																																																																			
Maltosa	4	0,5-0,6																																																																																			
Lactosa	4	0,15-0,30																																																																																			
Polialcoholes																																																																																					
Alcoholes monosacáridos																																																																																					
Sorbitol	2,6	0,7																																																																																			
Manitol	1,6	0,4																																																																																			
Xilitol	2,4	0,9-1,2																																																																																			
Alcoholes disacáridos																																																																																					
Lactitol	2	0,3-0,4																																																																																			
Isomaltitol	2	0,3-0,5																																																																																			
Maltitol	2,4	0,9																																																																																			
Eritritol	0,2	0,6-0,7																																																																																			
Edulcorantes no nutritivos o no energéticos (sintéticos o intensos)																																																																																					
Sacarina	0	200-300																																																																																			
Ciclamato	0	oct-30																																																																																			
Aspartamo	4	100-200																																																																																			
Acesulfatamo potásico	0	100-150																																																																																			
Neohesperidina dihidrochalcona	0	250-1800																																																																																			
Taumatina	4	1400-2000																																																																																			
Sucralosa	0	500-650																																																																																			
Sal de aspartamo	-	100-200																																																																																			

Fuente: Campo y Cabezas (2015)

Elaboración: INICPD

⁵ Campo y Cabezas (2015). "TIPOS DE AZÚCAR, SUCEDÁNEOS Y EDULCORANTES ARTIFICIALES, APLICADOS EN RECETAS DE REPOSTERÍA". Obtenido: <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/23260/1/tesis.pdf>

⁶ Clasificación de los edulcorantes. Fuente: Gil Martínez, Alfredo. Pre-elaboración y Conservación de Alimentos. Madrid: AKAL, 2010.224

Ahora bien, en cuanto a los edulcorantes que sirven para dar sabor dulce a un alimento, independientemente de su origen sea calórico o no calórico, natural o artificial, es importante resaltar su eventual equivalencia relativa frente a la azúcar común, en particular, esta Intendencia identifica lo siguiente:

Nombre	Equivalencia relativa en relación con el azúcar común
Glicerol	0,80
Glucosa	0,70-0,80
Polidextrosa	0,80
Isomaltosa	0,40
Maltitol	0,90
Manitol	0,40
Sorvitol	0,70
Estevia	300
Aspartamo	100-200
Ciclamato	30
Sacarina	300
Sucralosa	600

Fuente: Campo y Cabezas (2015)

Elaboración: INICPD

Por lo mencionado, esta Autoridad identifica que, en el mercado existen diferentes productos que servirían para satisfacer la necesidad de endulzar los alimentos, sin embargo, las mismas contienen características particulares que puedan diferir entre los gustos y preferencias de un público objetivo, por ejemplo, los consumidores de edulcorantes, podrían caracterizarse por ser personas que busquen cuidar de su peso, por lo que, preferirían endulzar sus comidas o bebidas con este tipo de endulzantes.

Ahora bien, conforme la información aportada por los operadores económicos, esta Intendencia identifica lo siguiente:

- Mediante escrito de 17 de diciembre de 2020, con Id. 179911, el operador JOMARTH GONZALO VILLACRES, remitió la información del cuestionario 1, y respetado la información confidencial, de manera general, se detalla:
 - RUC: 1723601256001
 - Actividad principal de la empresa: Venta al por menor de edulcorantes desde el 09 de febrero de 2017. Venta al por menos de otros productos alimenticios en establecimientos
 - Nombre del producto que comercializa en Ecuador: Si diet
 - Presentación: 250 ml
 - Tipo: edulcorante de mesa sin calorías para alimentos y bebidas
 - Ingredientes: agua, ciclamato de sodio, zucarina sódica, ácido fosfórico, benzoato de sodio, sorbato de sodio.



Respecto de sus potenciales competidores, mencionó las marcas: DULCE GOTA, SPLENDA, STEVIA, VITASWEET, entre otros.

Por otro lado, en relación al perfil del consumidor que estaría dirigido el producto SI DIET, el operador señaló que sería un producto apto para todo público, sin restricción.

Es importante mencionar, que conforme la información remitida por dicho operador, la comercialización de SI DIET habría tenido lugar desde el 10 de julio de 2018 hasta el 09 de abril de 2019, mediante la comercialización única de la presentación 250 ML, con un precio de venta al público de USD. 4,54 (MÁS IVA). En dicho periodo habría distribuido su producto de manera directa a través de una cadena de supermercados, alrededor de [REDACTED] unidades.

- Mediante escrito de 22 de diciembre de 2020, con Id. 180334, el operador ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA, remitió la información del cuestionario 1, y respetando la información confidencial constante en ella, de manera general, esta Intendencia detalla:
 - RUC: 1791966686001
 - Actividad principal de la empresa: Venta al por mayor de cosméticos, y como otras actividades de la empresa, fabricación y venta al por mayor y menor de productos naturales de uso medicinal y suplementos.
 - Nombre del producto que comercializa en Ecuador: Endulzante liquido marca: AZZUKA, KO2 AZUCA, SIDIET, SUITT.COM, 3D SUITT.
 - Tipo: endulzante liquido no calórico
 - Ingredientes: agua desmineralizada, edulcorante no calórico (sucralosa), estabilizador (sorbitol), preservante (sorbato de potasio), fosfato monobásico de potasio.

Respecto de sus potenciales competidores, mencionó la marca: DULCE GOTA. En relación al perfil del consumidor de su producto, el operador señaló, que éste sería para personas con una edad comprendida entre los 15 a 70 años, de nivel socioeconómico A,B y C+. Finalmente, informó que comercializaría el producto SIDIET desde enero de 2016 hasta noviembre de 2020, con PVP. 9,60 por unidad.

En tal sentido, JOMARTH GONZALO VILLACRES como ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., comercializarían edulcorantes artificiales no calóricos, por lo que, el mercado producto estaría de manera preliminar, comprendido por dichos productos y sus potenciales sustitutos.

Finalmente, RPBA S.A., sería una compañía extranjera con domicilio en Argentina, conforme lo referido por el denunciante y el Abg. Pedro Manuel Cordova Balda, por lo que, dicha compañías al no actuar directamente en el Ecuador, los posibles efectos sería la venta del producto SIDIET a través de sus comercializadores, en este caso, del señor JOMARTH GONZALO VILLACRES.⁷

⁷ Conforme establece el artículo 2 de la LORCPM, esto es: "... 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



Además, que conforme el escrito de explicaciones presentado por JOMARTH GONZALO VILLACRES, el 24 de diciembre de 2020, con Id. 180508, informó que: “... en el año 2018 RPB S.A., sociedad argentina titular de la marca Andina SI DIET (...) nombró a JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ distribuidor autorizado (...) de los productos SI DIET para Ecuador...”

Actividad Económica de los operadores económicos

- **ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA.**

El operador ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., conforme la información constante en el portal público del Servicio de Rentas Internas, mantendría como actividad económica principal, la venta al por mayor de cosméticos, conforme consta a continuación:

RUC 1791966686001	Razón social ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA.	
Estado contribuyente en el RUC ACTIVO	Nombre comercial ZAPHIRE	
Representante legal		
Nombre:	DELGADO CORTEZ NEDDY ELIZABETH	
Cédula/RUC:	1713504924	
Actividad económica principal	VENTA AL POR MAYOR DE COSMETICOS.	
Tipo contribuyente SOCIEDAD	Subtipo contribuyente BAJO CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑIAS	
Clase contribuyente OTROS	Obligado a llevar contabilidad SI	
Fecha inicio actividades 13/12/2004	Fecha actualización 08/12/2014	Fecha cese actividades
Agente de retención SI		

Fuente: Servicio de Rentas Internas <https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-en-linea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc>

Además, conforme los registros públicos de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, mantendría la actividad económica C2023,31, como: *Fabricación De Perfumes Y Cosméticos: Perfumes Y Aguas De Colonia, Preparados De Belleza Y De Maquillaje, Cremas Solares Y Preparados Bronceadores, Preparados Para Manicura Y Pedicura*, como consta a continuación:

ACTIVIDAD ECONÓMICA	
OBJETO SOCIAL:	A) Fabricación, elaboración, venta y comercialización de toda clase de perfumes, cosméticos, cremas, prendas de vestir; b) Importación, exportación y comercialización de perfumes, cosméticos, cremas...
CIU Actividad Nivel 2:	C20 FABRICACIÓN DE SUSTANCIAS Y PRODUCTOS QUÍMICOS.
CIU Operación Principal:	C2023.31 FABRICACIÓN DE PERFUMES Y COSMÉTICOS: PERFUMES Y AGUAS DE COLONIA, PREPARADOS DE BELLEZA Y DE MAQUILLAJE, CREMAS SOLARES Y PREPARADOS BRONCEADORES, PREPARADOS PARA MANICURA Y PEDICURA.

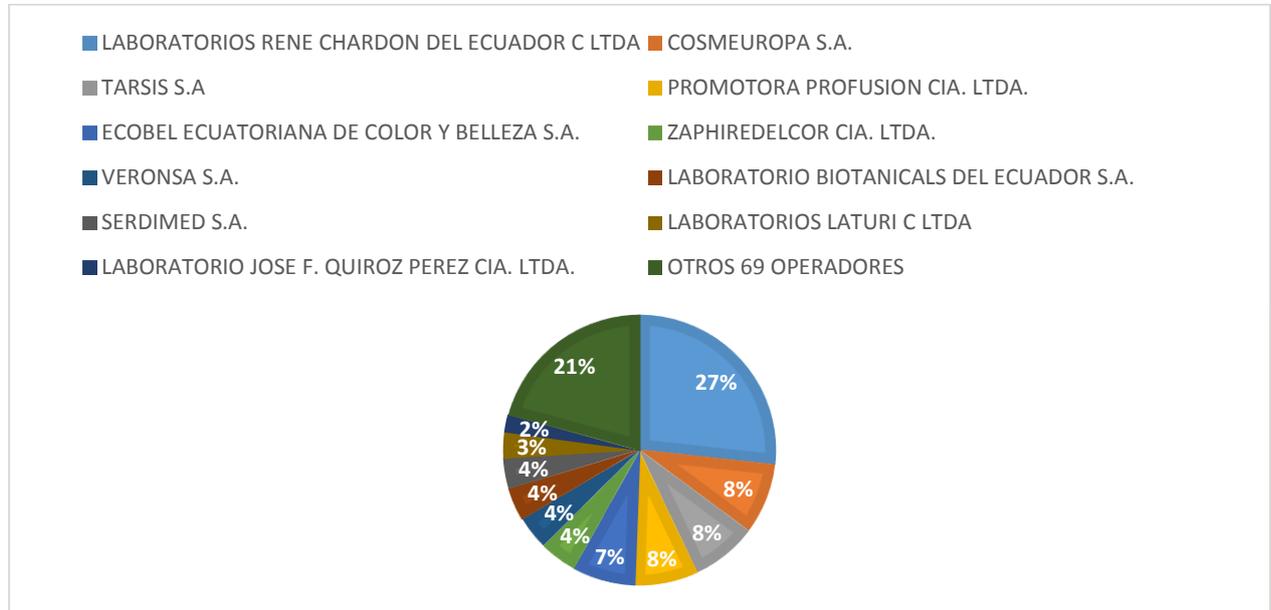
Fuente: SUPERCIAS. Obtenido de: https://appcvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=152772&tipo=1

país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional...” (Énfasis añadido)



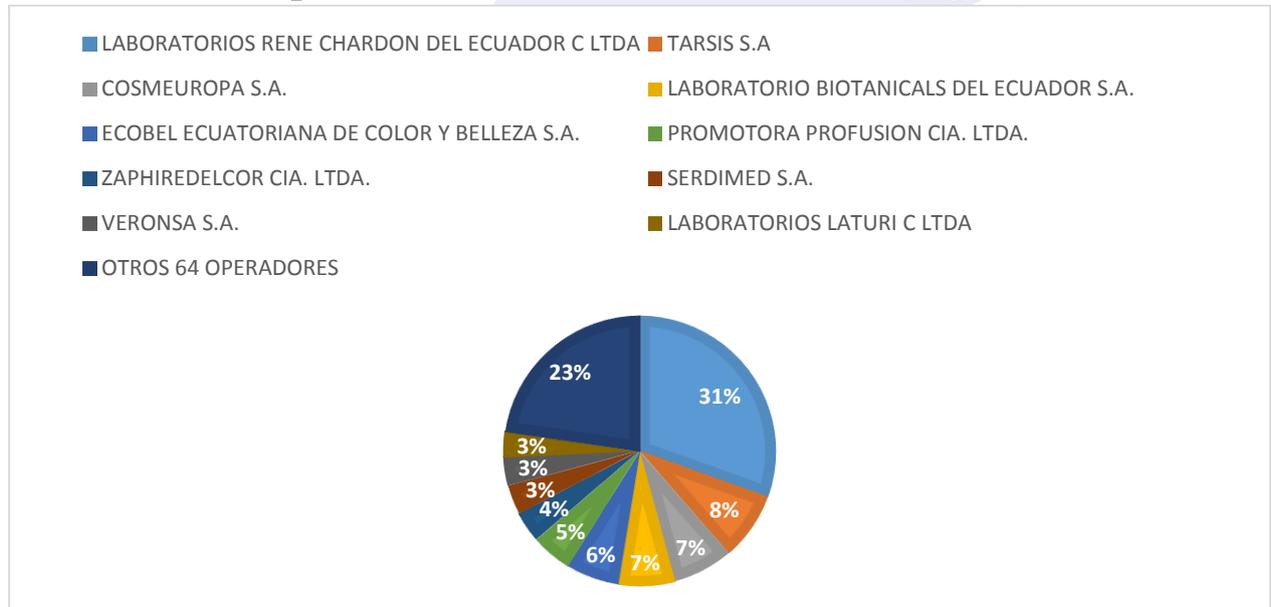
En tal sentido, a fin de identificar los operadores económicos que actuarían, en dicha actividad económica, esta Intendencia consultó la base de información pública de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, con el siguiente detalle:

Gráfico 1: Operadores económicos en la actividad C2023,31., año 2018



Fuente: Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros
Elaboración: INICPD

Gráfico 2: Operadores económicos en la actividad C2023, 31, año 2019



Fuente: Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros
Elaboración: INICPD



La actividad económica CIU No. C2023, 31 estaría conformado por alrededor de 80 operadores económicos. Entre los cuales, los principales, serían: LABORATORIOS RENE CHARDON DEL ECUADOR C LTDA., con el 27%, COSMEUROPA S.A. con el 8%, y TARSIS S.A., con el 8%.

Por su parte, en esta actividad el operador ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., ha mantenido una participación del 4%, en los años 2018 y 2019.

Ahora bien, es importante señalar, que a pesar de que el operador ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., actuaría, principalmente, dentro de la venta al por mayor de cosméticos, también, realizaría la actividad de “venta al por mayor y menor de materia prima para productos de medicina natural y fabricación y venta al por mayor y menor de productos naturales de uso medicinal y suplementos...”, conforme consta en el detalle del RUC, detallado a continuación:

NÚMERO RUC: 1791966686001
RAZÓN SOCIAL: ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA.

ESTABLECIMIENTOS REGISTRADOS

No. ESTABLECIMIENTO: 001	Estado: ABIERTO - MATRIZ	FEC. INICIO ACT.: 13/12/2018
NOMBRE COMERCIAL: ZAPHIRE	FEC. CIERRE:	FEC. REINICIO:
ACTIVIDAD ECONÓMICA: FABRICACION DE COSMETICOS. VENTA AL POR MAYOR DE COSMETICOS. ELABORACION, REPRESENTACION Y COMERCIALIZACION DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS. COMPRA, VENTA, ALQUILER Y EXPLOTACION DE BIENES INMUEBLES. VENTA AL POR MAYOR Y MENOR DE MATERIA PRIMA PARA PRODUCTOS DE MEDICINA NATURAL. FABRICACION Y VENTA AL POR MAYOR Y MENOR DE PRODUCTOS NATURALES DE USO MEDICINAL Y SUPLEMENTOS.		

Provincia: PICHINGHA Canton: QUITO Parroquia: COTOCOLLAO Ciudadela: COTOCOLLAO Barrio: BELLAVISTA ALTA Calle: JOSE FIGUEROA Numero: 023412324 Interseccion: VALLEJO LARREA Referencia: A TRES CUADRAS DE LA ESTACION REPSOL Oficina: PB Telefono Trabajo: 022390558 Telefono Trabajo: 023412324 Fax: 023412324 Email: compras@zaphidel.com Celular: 0999615710

Fuente: RUC

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

En tal sentido, y conforme el primer inciso del artículo 3 de la LORCPM correspondiente al principio de primacía de la realidad, que dispone:

“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...”.

En tal sentido, identificado que las presuntas conductas denunciadas en el presente expediente, mantienen relación con el producto SI DIET, edulcorante artificial no calórico, la actividad realizada por el operador ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., debería atender su realidad y efecto económico.

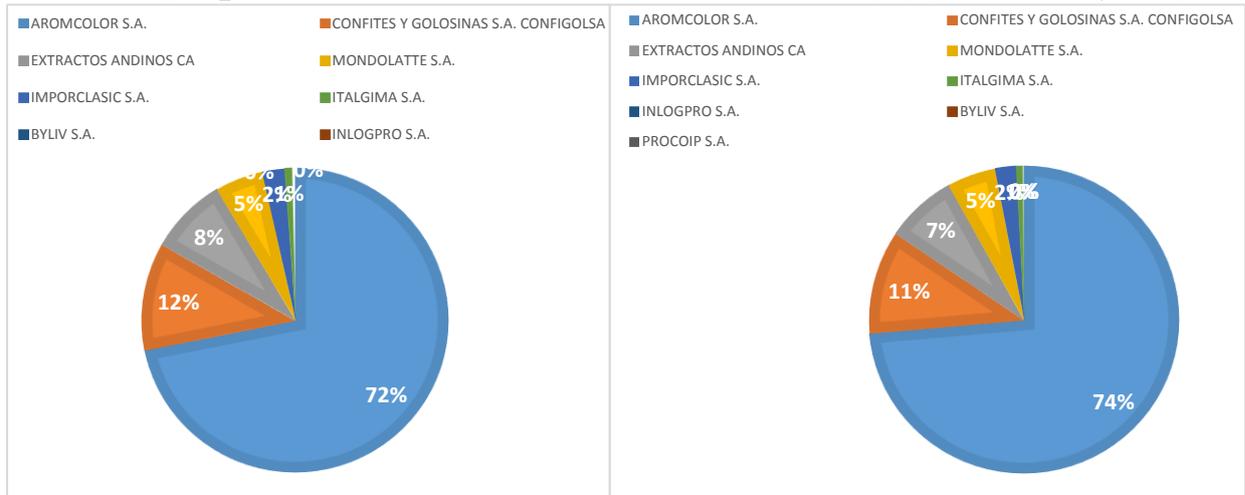
Al respecto, a criterio de esta Intendencia, la actividad económica más cercana, sería el CIU No. C1079.94, comprendida por: *Elaboración de concentrados artificiales; polvos solubles para la preparación de postres, tortas, flanes, budines, gelatinas, refrescos en polvo sin diluir, edulcorantes, saborizantes, espesantes, colorantes, etcétera. (Énfasis añadido)*



En dicha actividad, participarían aproximadamente 10 operadores económicos en calidad de personas jurídicas, sin embargo, se evidencia que existirán más competidores potenciales, actuando como personas naturales, un ejemplo de lo referido sería la comercialización de DULCE GOTA, que comercializaría sus productos a nivel nacional, como persona natural.

En tal sentido, a fin de identificar los operadores económicos que actuarían en la referida actividad económica, esta Intendencia evidenció lo siguiente:

Gráfico 3: Operadores económicos en la actividad C1079.94, año 2018 y 2019



Fuente: Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros
Elaboración: INICPD

En la actividad económica CIU No. C1079.94, lideraría el mercado el operador AROMCOLOR S.A., con aproximadamente 72 y 74% del referido mercado.

• **JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ**

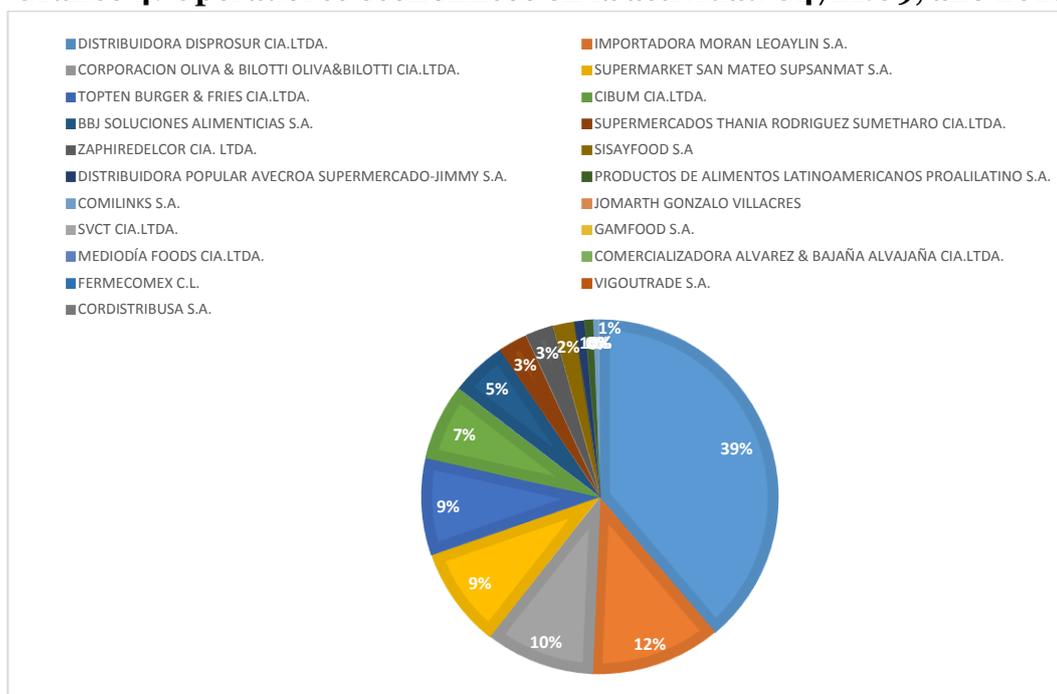
Por otro lado, la actividad económica principal del operador JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ, conforme la información pública del SRI, corresponde a la “Venta al por menor de otros productos alimenticios en establecimientos especializados...” como se detalla a continuación:

RUC 1723601256001	Razón social VILLACRES DE LA CRUZ JOMARTH GONZALO		
Estado contribuyente en el RUC ACTIVO	Nombre comercial		
Actividad económica principal	VENTA AL POR MENOR DE OTROS PRODUCTOS ALIMENTICIOS EN ESTABLECIMIENTOS ESPECIALIZADOS.		
Tipo contribuyente PERSONA NATURAL	Clase contribuyente OTROS	Obligado a llevar contabilidad NO	
Fecha inicio actividades 09/02/2017	Fecha actualización 23/10/2020	Fecha cese actividades	Fecha reinicio actividades

Fuente: Servicio de Rentas Internas <https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-en-linea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc>

Al respecto, conforme el principio de primacía de la realidad, en el presente caso, la actividad económica correspondiente sería No. G4721.09 la cual pertenece a: la venta al por menor de otros productos alimenticios en establecimientos especializados, en tal sentido, conforme la información obtenida de la SUPERCIAS, existirían alrededor de 21 operadores económicos que participarían en el mercado:

Gráfico 4: Operadores económicos en la actividad G4721.09, año 2018



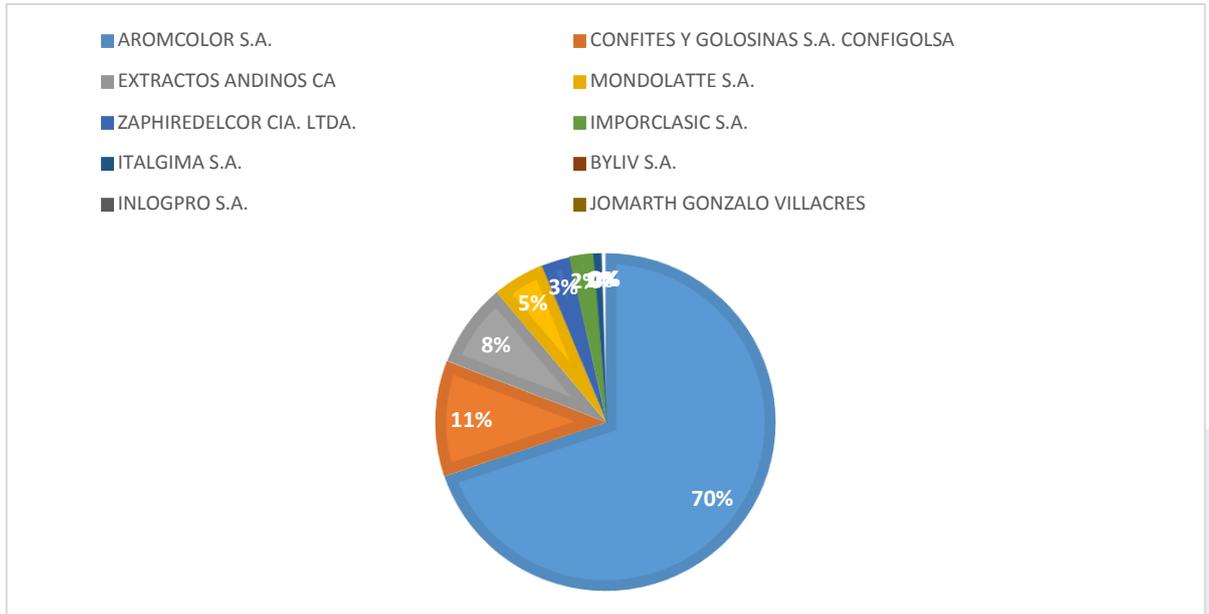
Fuente: Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros
Elaboración: INICPD

En tal sentido, en dicha actividad económica, el operador JOMARTH GONZALO VILLACRES, tendría una cuota preliminar de participación del 0,09% para el año 2018.

Ahora bien, conforme las dos actividades identificadas por esta Intendencia, es importante conocer la incidencia que mantendrían tanto el denunciante como el denunciado, en relación a sus competidores, en tal sentido, esta Autoridad considera lo siguiente:

- Actividad económica No. C1079.94, comprendida por: *Elaboración de concentrados artificiales; polvos solubles para la preparación de postres, tortas, flanes, budines, gelatinas, refrescos en polvo sin diluir, edulcorantes, saborizantes, espesantes, colorantes, etcétera. (Énfasis añadido)*

Gráfico 5: Operadores económicos en la actividad C1079.94, año 2018

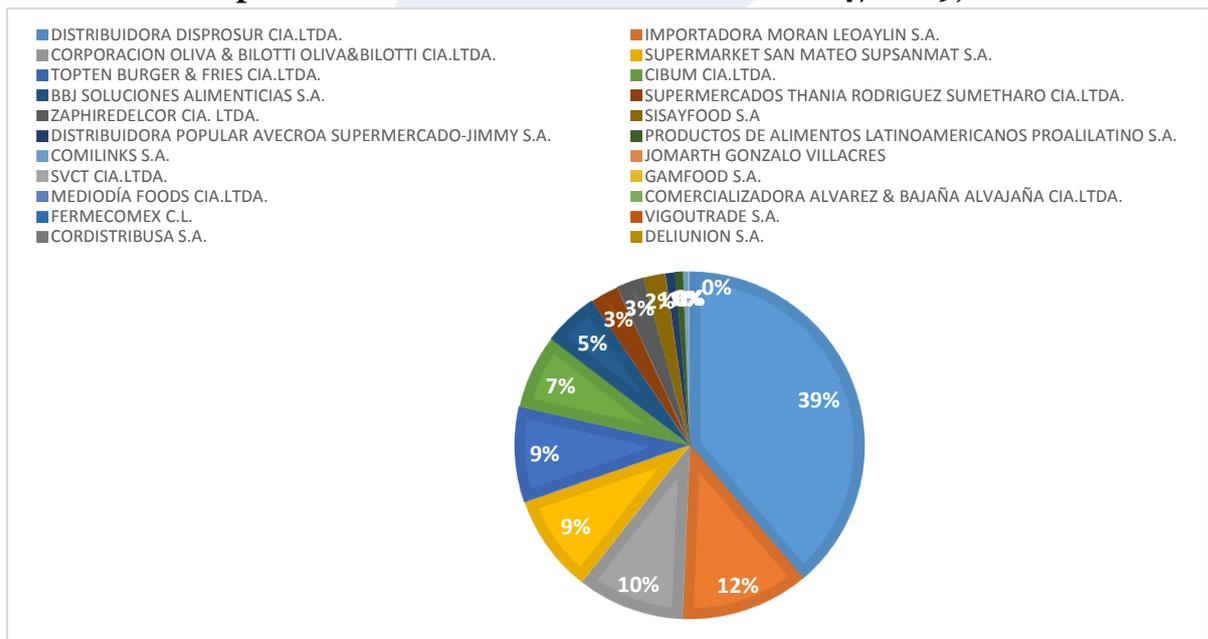


Fuente: Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros
Elaboración: INICPD

En este sentido, esta Intendencia evidencia que el operador ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., mantendría una participación de 2,74%, mientras que JOMARTH GONZALO VILLACRES, representaría el 0,10% en el año 2018.

- Actividad económica No. G4721.09, comprendida por: *la venta al por menor de otros productos alimenticios en establecimientos especializados,*

Gráfico 6: Operadores económicos en la actividad G4721.09, año 2018



Fuente: Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros
Elaboración: INICPD

Por lo que, esta Autoridad identifica que el operador ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., mantendría una participación de 3%, mientras que JOMARTH GONZALO VILLACRES, representaría el 0,09% en el año 2018.

En consecuencia, la INICPD identifica que JOMARTH GONZALO VILLACRES, en las actividades económicas relacionadas con el producto objeto de investigación, edulcorante artificial no calórico y sus potenciales sustitutos, no podría distorsionar la estructura del mercado, en virtud, de que mantendría una participación menor al 1% frente a sus competidores.

Además, de manera complementaria, es importante mencionar que las unidades vendidas por JOMARTH GONZALO VILLACRES representarían únicamente el 3% del total de las unidades comercializadas por ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA. Así como también, respecto a los ingresos captados por la venta de SIDIET, representarían menos del 4% del total de ingresos percibidos por el operador denunciante.

En tal virtud, de conformidad con el análisis realizado por esta Intendencia, el operador JOMARTH GONZALO VILLACRES, por sus características y la estructura preliminar del mercado, difícilmente podría falsear el régimen de competencia exigido en los artículos 5 y 26 de la LORCPM.

De igual manera, en tanto los posibles efectos de a RPBA S.A., estarían generados por la actividad económica de JOMARTH GONZALO VILLACRES, esta Intendencia concluye, que no existirían indicios de que podrían impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

Mercado Geográfico

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

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

Respecto del mercado geográfico, éste comprende la zona geográfica en que los operadores económicos que conforman el mercado del producto desarrollan sus actividades, en condiciones suficientemente homogéneas, pero en condiciones de competencia distintas de otros territorios próximos o vecinos.⁸

⁸ Comunicación relativa a la definición del mercado relevante a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. Eur-Lex, Diario Oficial de la Unión Europea, Diario Oficial nº C372, 09/12/1997, p. 0005 – 0013, [Online], disponible: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):ES:HTML) [Accedido 5 septiembre 2013].

Ahora bien, en cuanto al alcance geográfico, conforme consta en la información remitida por los operadores económicos, en particular, JOMARTH GONZALO VILLACRES informó que su venta sería distribuida por una cadena de retail⁹, la cual, mantendría distribución a nivel nacional.

Por su parte, el operador económico ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., si bien sus oficinas se encontrarían en la ciudad de Quito, conforme la información de acceso público, realizaría la venta por varias tiendas on-line¹⁰, entre otros.

Es importante indicar, que el alcance geográfico, estaría delimitado por las zonas donde estarían ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento de los productos, en tal sentido, al identificar que, por una parte el producto de ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., conforme consta en su etiqueta, podría ser fabricado en “*una planta que maneja aceite de hígado de bacalao, proteína de soya, fibra de trigo, clara de huevo, lactosa*”, por otro lado, el producto JOMARTH GONZALO VILLACRES sería un producto importando, es claro, que dichos operadores no competirían en el eslabón de producción.

Sin embargo, los dos operadores si competirían en el eslabón de comercialización del producto SIDIET, en tal sentido, al identificar que los principales canales de este tipo de productos serían cadenas de retail y/o tiendas on-line, esta Intendencia considera que no se observarían costos significativos de transporte o barreras en el canal de comercialización.

En tal sentido, el mercado geográfico de la presente investigación sería, *a priori*, **de alcance nacional**. Lo indicado, sin perjuicio de que se pueda precisar dicha definición con la aplicación de las herramientas contempladas en Resolución N.º 11 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

5.3. Los bienes o servicios similares presuntamente afectados

En este sentido, como lo manifiesta Jiménez y Cañizares, uno de los recursos más utilizados para fundamentar la definición de mercado relevante es el de realizar el análisis de las características técnicas de los productos o del precio¹¹. Por este motivo, a continuación, la Intendencia realiza un análisis descriptivo de las propiedades y finalidad de uso del producto investigado y sus eventuales competidores.

Al respecto, de manera general, el denunciante manifestó que el mercado producto de la presente investigación estaría relacionados con los: “*...son edulcorantes (sustitutos del azúcar)...*”.

A manera de ejemplo existen en el mercado los siguientes tipos de edulcorantes artificiales aprobados por la Administración de Alimentos y Medicamentos de los Estados Unidos (FDA), detallados a continuación:

⁹ Conforme la respuesta contenida en el cuestionario 1, pregunta 4, las unidades vendidas serían a través de Corporación Favorita.

¹⁰ Como por ejemplo: <https://www.rantima.com/product/edulcorante-si-diet/>; <https://2015-ec.all.biz/edulcorantes-gg1096017>; <https://www.boticanatural.ec/producto/si-diet-endulcorante-no-calorico/>

¹¹ Jiménez, F. y Cañizares, E. (2005) *Dificultades para la definición del mercado relevante*. Recuperado de: <http://www.uv.es/~frequena/estructura/NERA.pdf>. Accedido: [12 de diciembre de 2016].



Tipos de edulcorantes		
Nombre:	Marca:	Ejemplos de productos en donde son usados:
Sacarina	Sweet'N Low Necta Sweet Sweet Twin	Sodas dietéticas, mermeladas y jaleas de "bajo contenido de azúcar" o "azúcar reducido", galletas, goma de mascar (chicle), yogur.
Aspartame	NutraSweet Equal Sugar Twin	Gelatinas sin azúcar, sodas dietéticas, mezclas de bebidas de sabores, jugos de calorías reducidas, bebidas energizantes, cereales de desayuno, helados sin azúcar.
Acesulfamo de potasio (Ace-K)	Sweet One Sunette	Licuados (batidos) dietéticos, dulces (caramelos) duros sin azúcar, tazas (copas) de frutas sin azúcar añadido, bebidas para recuperar electrolitos, sodas dietéticas, productos horneados, aderezos para ensaladas.
Sucralose	Splenda	Sodas energizantes dietéticas, mezclas de bebidas de sabores, bebidas deportivas, pudines (postres) y gelatinas sin azúcar, salsa de tomate sin azúcar agregado.
Neotame	Newtame	Bebidas con sabor a frutas, batidos (licuados) de proteína, goma de mascar (chicles).
Stevia (glucósidos del steviol de las hojas de la planta de stevia)	Trivia PureVia	Licuados de proteínas, sodas dietéticas y aguas de sabores, bebidas de sabores enriquecidas con vitaminas.
Luo han guo (extractos de la fruta siriatia grosvenori swingle, también conocida como fruta del monje)	Fruta del monje en materia prima Nectress PureLo Enliten	Bebidas de café y proteína, yogur, postres congelados, té.
Advantame	Ninguna marca todavía	Aprobado en el 2014, comienza a ser usado en productos como las bebidas deportivas.

Fuente: American Academy of Pediatrics (2019)

Así también, podrían estar clasificados por edulcorantes calóricos y no calóricos, como por ejemplo:

CALÓRICOS				NO CALÓRICOS	
Naturales		Artificiales		Naturales	Artificiales
azúcares	edulcorantes naturales calóricos	azúcares modificados	alcoholes del azúcar	edulcorantes naturales sin calorías	edulcorantes artificiales
sacarosa, glucosa, dextrosa, fructosa, lactosa, maltosa, galactosa, trehalosa, tegatosa, sucromalato	miel, sirope del arce, azúcar de palma o de coco, jarabe de sorgo	jarabe de maíz de alto contenido en fructosa, caramelo, azúcar invertido	sorbitol, xilitol, manitol, eritritol, malitol, isomaltulosa, lactitol, glicerol	stevia, taumatina, pentadina, monelina, brazzeina	aspartamo, sucralosa, sacarina, neotamo, acesulfame K, ciclamato, neohesperidina DC, alitamo, advantamo

Fuente: Nutrición hospitalaria. Una visión global y actual de los edulcorantes. Aspectos de regulación. JM.García-Almeida, Gracia Ma Casado Fdez, J. García Alemán.

En tal sentido, conforme fue desarrollado en el análisis del sector, esta Intendencia identificó que existirían varios tipos de edulcorantes y otros tipos de productos que podrían satisfacer la necesidad de endulzar las comidas o bebidas, por lo que, correspondería a través de las pruebas cualitativas y cuantitativas de la oferta como de la demanda, definir si todos los productos referidos podrían ser parte de un mercado producto.

Por lo que esta Intendencia identifica, de manera preliminar, como posibles productos sustitutos a los demás tipos de azúcar con sus productos diferenciados, situación que deberá ser verificada por esta Autoridad con la aplicación de las pruebas de sustitución de la demanda y oferta contempladas en Resolución N.º 11 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

En tal sentido, es importante considerar que, en la definición de este mercado, por la etapa procesal en la que se encuentra el expediente, esta Intendencia, de ser necesario, podrá identificar elementos cualitativos y cuantitativos para la definición precisa de los bienes similares afectados dentro del mercado relevante pertinente.

5.4. La duración de la conducta

Respecto del periodo aproximado de su duración o inminencia, el denunciante ha manifestado lo siguiente:

“... Respecto al señor el señor (sic) JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ, el período aproximado de duración de la infracción se encuentra desde el **24 de julio de 2018** fecha en la que mi representado conoció que el señor VILLACRES, presunto distribuidor de la compañía RPB S.A., en Ecuador, empezó a ofertar y comercializar la marca SIDIET, **hasta la actualidad** conforme se desprende de la oferta de este producto que hasta el día de hoy existe en Ecuador en redes sociales, cuya materialización notarial fue adjuntada a la presente denuncia como prueba a favor de mi mandante.”

En relación con el segundo denunciado, manifestó:

“... Respecto de la compañía RPB S.A., existiría una inminencia o riesgos de que se genere un ambiente de confusión respecto de los productos, establecimiento o actividades de mi mandante, así como la imitación de iniciativas empresariales y el desvío de clientela, desde el **3 de septiembre de 2018**, fecha en la que interpuso ante el SENADI, una acción de cancelación al registro de la marca “**SIDIET**”, No. 8645-11, para proteger productos de la clase internacional 5, de titularidad de ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA, **hasta la actualidad**, pues la compañía a pesar de en los procesos seguidos ante el SENADI conoció que ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA, comercializó con anterioridad en Ecuador, la marca SIDIET para edulcorantes...”

Ahora bien, en el escrito de explicaciones presentado por JOMARTH GONZALO VILLACRES, informó que, “... desde el año 2018, el monto de ventas por el producto SIDIET ofertado por el Distribuidor es \$0,00...”

Además, señaló que “... RBP no comercializa productos en el mercado ecuatoriano desde el año 2018...”

Finalmente, manifestó que “... *No me encuentro comercializando productos de RBP y por lo tanto, no se me puede considerar como un competidor del denunciante...*”

Por otro lado, el operador denunciado, JOMARTH GONZALO VILLACRES, en el cuestionario 1, pregunta 4, informó que comercializaría SI DIET, **desde julio de 2018 hasta abril de 2019.**

En tal sentido, esta Intendencia identifica que, por los elementos analizados, la temporalidad de las presuntas conductas, de manera preliminar, sería de la siguiente manera:

- JOMARTH GONZALO VILLACRES desde julio de 2018 hasta aproximadamente abril de 2019, fecha en la habría percibido ingresos por ventas de SIDIET, sin embargo, conforme la materialización constante en el expediente, esta Intendencia identifica una posible comercialización hasta la actualidad.
- La compañía RPB S.A., 3 de septiembre de 2018, fecha en la que interpuso ante el SENADI, una acción de cancelación al registro de la marca “SIDIET”, No. 8645-11.

Esto sin perjuicio, de que, en una eventual etapa de investigación, de ser necesario, se identifiquen nuevos elementos que permitan a esta Autoridad precisar la temporalidad de las conductas denunciadas.

5.5. La identificación de las partes

En calidad de denunciante: ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., con numero de RUC 1791966686001 con domicilio en la calle José Figueroa OE8-74 y Vallejo Larrea, en la parroquia de Cotocollao, ciudad de Quito, Provincia de Pichincha, con correo electrónico: franciscov@pluslawip.com”.¹²

En calidad de denunciados:

JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ, con RUC: 172360125600, Dirección: Calle Diego de la Vega No. 70-381 y Río Peripa, Barrio Loma Hermosa, de la parroquia Cotocollao, Quito, Pichincha.

RPB S.A., Apoderado: Ab. Pedro Córdova Balda, Dirección: Avenida 12 de octubre, No. 26-48, esq. Lincoln, Piso 16 de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, en las oficinas del Estudio Jurídico FERRERE.¹³

5.6. La relación económica existente con conducta

Respecto de la relación económica existente con la conducta, el denunciante, señaló que:

El señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ, conforme reconoció en el proceso de Tutela Administrativa previo seguido ante el SENADI, **ha venido comercializando un edulcorante con la marca SIDET, sin respetar que ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA, ha**

¹² Escrito de denuncia, de 12 de noviembre de 2020, las 13h22, con Id. Trámite 176270, P. 1

¹³ Escrito de denuncia, de 12 de noviembre de 2020, las 13h22, con Id. Trámite 176270, P. 22



fabricado y vendido desde hace muchos años atrás un edulcorante bajo la misma marca SIDIET (...)

La compañía RPB S.A., que en respuesta de la Tutela administrativa interpuesta ante el SENADI, por ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., en contra del señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ (presunto distribuidor en Ecuador) presentó una acción de cancelación por falta de uso en contra del registro de la marca “SIDIET” (...)

Adicionalmente RPB S.A. solicitó cuatro registros de marcas SIDIET en las clases internacionales 1 y 30 y se opuso al registro de las nuevas solicitudes de las marcas en las clases 1 y 30 de ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., **con lo cual denota que el interés de esta compañía es consolidar el registro de SIDIET para continuar con su comercialización en el Ecuador, sin atención a que mi mandante ha venido fabricando y vendiendo con mucha anterioridad la misma marca SIDIET para identificar edulcorantes...** (Énfasis añadido)

Además, en su escrito de complemento el denunciante agregó que:

“... [L]a compañía RPB S.A., reconoce que el señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ, es un distribuidor en Ecuador de RPB S.A., del producto de origen argentino identificado por la marca SIDIET, considerando que la única tutela administrativa interpuesta por ZAPHIREDELCOR CÍA. LTDA., por el uso de la marca SIDIET, durante el período comprendido entre el año 2018 hasta la fecha del escrito de RPB antes citado, esto es el 12 de agosto de 2020, fue presentada en contra del señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ.

Adicionalmente reconocen que los productos o edulcorante de origen argentino SIDIET, provienen de la compañía RPB S.A., lo cual es una afirmación de trascendental importancia en la presente denuncia, **pues confirma que RPB S.A., estaría actuando en Ecuador a través de distribuidores** (énfasis añadido).

Por lo anterior, el señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ, sería entonces un presunto distribuidor del edulcorante identificado por la marca SIDIET, de la compañía RPB S.A.

En complemento a lo anterior, la relación tanto del señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ como de la compañía argentina RPB S.A., con las conductas denunciadas, es la siguiente:

El señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ, presunto distribuidor de RPB S.A., ha venido vendiendo en el Ecuador, dentro del período de relevancia antes mencionado (24 de julio de 2018 hasta la actualidad), un edulcorante con la marca SIDIET, sin considerar que ZAPHIREDELCOR CÍA. LTDA., comercializó con anterioridad el mismo producto (edulcorante) con la misma marca SIDIET, **conducta que en los términos de la denuncia interpuesta, implicaría presuntas prácticas desleales relacionadas con actos de confusión respecto de los productos, establecimiento o de la actividad industrial o comercial de un competidor, la imitación de iniciativas empresariales y el desvío de la clientela.**

Respecto de la compañía RPB S.A., **existe una inminencia o riesgo de que se genere un ambiente de confusión respecto de los productos, establecimiento o actividades de mi mandante, así como la imitación de iniciativas empresariales y el desvío de clientela, pues esta compañía a pesar de que desde el inicio de las acciones legales interpuestas como actores y demandados, conocía que ZAPHIREDELCOR CÍA. LTDA., expende un edulcorante con la marca SIDIET,** y que el Órgano Colegiado de Derechos Intelectuales



SENADI, en resolución No. OCDI-2020-157 de 18 de febrero de 2020, notificada al día siguiente, emitida por el dentro de la acción de cancelación por falta de uso, No. OCDI-2018-045-AC, reconoció que la marca **SIDIET** de ZAPHIREDELCOR CÍA. LTDA., se encuentra en uso en el mercado para identificar edulcorantes naturales de la clase 30, persiste hasta el día de hoy en su intención de comercializar la marca SIDIET, para el mismo producto, lo que podría adecuarse a las conductas objeto de la denuncia interpuesta antes esta Intendencia.” (Énfasis añadido)

5.7.- La relación de los elementos de prueba presentados.-

El denunciante adjuntó la siguiente documentación:

1. Copia simple de la Resolución del expediente Nro. SCPM-IGT-INICPD-040-2019.
2. Copia simple de la Resolución No. SENADI-DNPI-2020-022-R de la Tutela Administrativa No. SENADI-2018-63732.
3. Copia Simple de la contestación de los Apoderados de la compañía RPB S.A., dentro del Recurso Apelación OCDI-2018-045-AC.
4. Copia simple de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 3466 de 04 de diciembre de 2018.
5. Copia simple de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 2716 de 20 de abril de 2016.
6. Copia simple de ciertas páginas del Libro Competencia Desleal, Tutela jurisdiccional-especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional, autora Dra. Silvia Barona Vilar.
7. Copia simple de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 2242 de 21 de octubre de 2013.
8. Copia simple de la Resolución No. OCDI-2020-157 de 18 de febrero de 2020, dictada dentro del trámite Nro. OCDI-2018-045-AC.
9. Certificación de documentos materializados desde la página web o de cualquier soporte electrónico Nro. 202017010117C01570.

En adición solicitó la práctica de ciertas diligencias previas, así como que se considere doctrina y pronunciamientos internacionales.

Por otro lado, el denunciado adjuntó a su escrito de explicaciones, el registro de SI DIET, con fecha de registro de 28 de junio de 1994 con vigencia hasta 28 de junio de 2024, de la clase 30, correspondiente a: “*café, té, cacao, azúcar, arroz, tapioca, sagú, sucedáneos del café...*”

SEXTO.- ANÁLISIS JURÍDICO

A efectos de realizar el análisis jurídico sobre los documentos que obran del expediente, esta Intendencia ha considerado necesario resumir los parámetros de la denuncia y escrito de aclaración presentado por el denunciante; así como el escrito de explicaciones presentado por el denunciado. Con base en ello, se identificará si existen indicios sobre el presunto cometimiento de las presuntas prácticas desleales denunciadas.

6.1. DE LA DENUNCIA

En su denuncia, ZAPHIREDELCOR CÍA. LTDA. Identificó como presuntos responsables a:

- JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ con RUC: 1723601256001

- La Compañía RPB S.A., una sociedad organizada y existente conforme a las leyes de Argentina, a través de su Apoderado en Ecuador, el Ab. Pedro Córdova Balda



El compareciente señaló que las conductas denunciadas serían, competencia desleal previsto en los artículos 258, 259 de la Decisión 486, artículos 25 y 27 de la LORCPM estaría inmersa en los siguientes supuestos: “a) *Confusión respecto de los productos, actividad o establecimiento (...) debido a la imitación de la marca SIDIET*; b) *Imitación de prestaciones o iniciativas empresariales de ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA. debido a la imitación de la marca SIDIET*; c) *Desvío de la clientela debido a la imitación de la marca SIDIET*”.¹⁴

En relación con la conducta de confusión respecto de los productos, actividad o establecimiento de ajenos, manifestó que:

“... 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.” (resaltados fuera de texto). (...)

(...) En el presente caso, existiría confusión o en el mejor de los casos al menos un riesgo potencial de confusión respecto de la actividad, productos y establecimientos ajenos, debido a la imitación de un signo distintivo ajeno como es SIDIET, a pesar de no estar registrado en la clase 30, por las siguientes razones:

La resolución No. OCDI-2020-157 de 18 de febrero de 2020 (...), emitida por el Órgano Colegiado de Derechos Intelectuales del SENADI, dentro del Trámite No. OCDI- 2018-045-AC, que canceló el registro de la marca "SIDIET", No. 8645-11, para proteger productos de la clase internacional 5, **confirmó en forma expresa que la marca "SIDIET" ha venido usándose para proteger edulcorantes naturales de la clase 30**, lo que ratifica nuestras aseveraciones referentes a la vulneración a los derechos de ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., por cuanto el señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ, y RPB S.A., al comercializar igualmente un edulcorante con la marca "SIDIET", habrían inducido o podrían inducir a confusión al consumidor respecto del establecimiento los productos y las actividades de mi representada (competencia desleal)...¹⁵

El denunciante en adición indicó:

Si el señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ comercializó o comercializa edulcorantes con la marca **SIDIET** (...); y la compañía RPB S.A. pretende comercializar este mismo signo en el Ecuador, esta conductas (sic) constituirían una práctica desleal al tener por objeto real o potencial crear confusión respecto de la actividad, producto o establecimiento de mi representada, quien viene comercializando con mucha anterioridad, edulcorantes como bien lo reconoció el SENADI, por lo que los denunciados se podrían aprovechar del ambiente de confusión real o potencial que se generaría así como del posicionamiento de la marca **SIDIET**, en Ecuador, existiendo una presunta práctica desleal, ya que el señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ y RPB S.A., no tendrían la necesidad de invertir en el posicionamiento del signo **SIDIET**, pues el mismo ya tiene un prestigio y una clientela conseguidos por mi mandante y obtendría ventas

¹⁴ Escrito de denuncia, de 12 de noviembre de 2020, las 13h22, con Id. Trámite 176270, P. 14

¹⁵ Escrito de denuncia, de 12 de noviembre de 2020, las 13h22, con Id. Trámite 176270, P. 16



en base al aprovechamiento del esfuerzo ajeno y/o al ambiente de confusión que se estaría generando en el mercado, pues el consumidor estaría adquiriendo el producto de los denunciados considerando que se trata de un edulcorante fabricado y comercializado por ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA.

De igual manera se debe notar que tanto ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA. como el señor JOMARTH GONZALO VILLACR ES DE LA CRUZ y RPB S.A., son competidores directos en el mercado de Ecuador (...).

Adicionalmente el derecho a la libertad de elección del consumidor, reconocido en la Constitución Política de la República, podría vulnerarse, pues al comercializarse en el mercado dos marcas idénticas para proteger edulcorantes, no tendrá los medios suficientes para elegir un producto en base a sus características u origen empresarial; al contrario podría adquirir el producto de los denunciados en base al ambiente de confusión generado (...)

La confusión radica en que el consumidor y medios comerciales podrían elegir el edulcorante de RPB S.A. y/o del señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ, cuando en realidad tenía la intención de seleccionar el endulzante identificado por la marca **SIDIET** de ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., (confusión directa respecto del producto), o bien, el consumidor podría atribuir un origen empresarial común, a los productos identificados por los signos en conflicto (confusión respecto de las actividades o establecimientos de un competidor), o inclusive el consumidor a pesar de que los diferencie, podría considerar que ambas compañías, tienen alguna vinculación empresarial (confusión respecto de las actividades o establecimientos de un competidor).¹⁶ (...)

(...) El consumidor al existir dos marcas idénticas (SIDIET) para edulcorantes, creerá que ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., lanzó al mercado una nueva forma de presentación de su producto, lo cual es totalmente ajeno a la realidad.

Estos argumentos justifican la aplicación del artículo 27 numeral 1 de la LORCPM, en concordancia con el artículo 259 de la Decisión 486, que prohíbe cualquier conducta que tenga como objeto real o potencial, crear confusión respecto de la actividad, producto o establecimiento ajenos, por el empleo de signos distintivos ajenos, sin atención al registro del mismo...¹⁷

En relación con la imitación de prestaciones o iniciativas empresariales de ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA, el denunciante señaló que:

“... El artículo 27, numeral 3, literal b) de la LORCPM, regula los actos de competencia desleal, por imitación de prestaciones o iniciativas empresariales de la siguiente manera:

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

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

b) **La imitación de prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando resulte idónea para generar confusión por parte de los consumidores respecto a la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.**” (resaltados fuera de texto) (...)

¹⁶ Escrito de denuncia, de 12 de noviembre de 2020, las 13h22, con Id. Trámite 176270, P. 17

¹⁷ Escrito de denuncia, de 12 de noviembre de 2020, las 13h22, con Id. Trámite 176270, P. 18



(...) El TJCA, reconoce el Derecho de Imitar, el mismo que no es absoluto y está sujeto a dos límites básicos, el primero es la observancia de derechos de propiedad intelectual ajenos. En este supuesto, el SENADI consideró que al no estar registrada la marca SIDIET en la clase internacional 30, no existe ninguna vulneración a los derechos de mi mandante; sin embargo, la Delegada omitió el análisis del segundo límite o condición del Derecho de Imitar, esto es la necesaria diferenciación del empresario, evitando caer en actos de confusión o imitación, que es lo que efectivamente sucede en este caso, pues el señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ, como lo reconoció en la Tutela Administrativa previa, ha venido imitando la marca **SIDIET** comercializada por mi representada para identificar el mismo producto, esto es edulcorantes, y RPB S.A., por su parte pretende registrar y comercializar edulcorantes con la marca SIDIET en Ecuador, **por lo que los denunciados incumplieron o podrían incumplir la obligación jurídica de diferenciar se de las iniciativas empresariales de ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA. lo que denota la afectación a los derechos de mi mandante, los derechos de todos los competidores en el mercado y los derechos del consumidor.** (Énfasis añadido)

Y finalmente respecto al desvío de la clientela el denunciante manifestó:

Otro de los supuestos de competencia desleal en la conducta incurrida por los denunciados se relaciona con el desvío de la clientela ganada por el esfuerzo de ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., durante varios años.

Debido a la imitación de la marca SIDIET, los denunciados en forma real o incluso potencialmente, podrían lograr que migre a su favor, la clientela de ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., obtenido a través de años de esfuerzo e inversión.

ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., invirtió dinero y recursos en posicionar (sic) marca SIDIET, en lograr una imagen positiva del signo en la mente del consumidor, en obtener una presentación (trade dress) interesante o llamativa para su venta, resultando ilegítimo e injusto que los denunciados tengan vía libre para comercializar la misma marca SIDIET para edulcorantes, pues nunca se consideró la afectación a ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA. como competidores directos del señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ y RPB S.A., y peor aún se tomó en cuenta la vulneración a los derechos del consumidor en especial la libertad de elección, consagrada incluso a nivel constitucional (...) ¹⁸

(...) La competencia desleal por desvío de clientela se justifica porque el señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ, distribuidor de RPB S.A., conforme lo reconoció en el proceso previo (requerimiento de información) ha venido comercializando un edulcorante con la marca SIDIET, sin considerar que ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., fabrica y vende desde hace muchos años atrás un edulcorante bajo la misma marca SIDIET.

Por su parte RPB S.A., con las acciones legales interpuestas y las solicitudes de las marcas SIDIET igualmente pretendería comercializar este signo para edulcorantes en el Ecuador, conductas que podría ser ilícitas, si se considera que jurídicamente no es posible que se ofrezcan en el mercado dos marcas idénticas, provenientes de titulares diferentes, para identificar un mismo producto (...)

(...) Además, se debe notar que la mera probabilidad de que se pueda desviar una clientela ajena es suficiente para que se configure este supuesto de competencia desleal.

¹⁸ Escrito de denuncia, de 12 de noviembre de 2020, las 13h22, con Id. Trámite 176270, P. 20-21



Con estos argumentos fundamentamos conforme a derecho, la competencia desleal del accionado por desvío de clientela ajena...¹⁹

Respecto de la relación de los involucrados con la conducta denunciada, el compareciente señaló:

El señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ, conforme reconoció en el proceso de Tutela Administrativa previo seguido ante el SENADI, **ha venido comercializando un edulcorante con la marca SIDET, sin respetar que ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA, ha fabricado y vendido desde hace muchos años atrás un edulcorante bajo la misma marca SIDIET (...)**

La compañía RPB S.A., que en respuesta de la Tutela administrativa interpuesta ante el SENADI, por ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., en contra del señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ (presunto distribuidor en Ecuador) presentó una acción de cancelación por falta de uso en contra del registro de la marca "SIDIET" (...)

Adicionalmente RPB S.A. solicitó cuatro registros de marcas SIDIET en las clases internacionales 1 y 30 y se opuso al registro de las nuevas solicitudes de las marcas en las clases 1 y 30 de ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., **con lo cual denota que el interés de esta compañía es consolidar el registro de SIDIET para continuar con su comercialización en el Ecuador, sin atención a que mi mandante ha venido fabricando y vendiendo con mucha anterioridad la misma marca SIDIET para identificar edulcorantes...** (Énfasis añadido)

Asimismo, se refirió a los bienes y servicios objeto de la conducta denunciada serían:

(...) edulcorantes (sustitutos del azúcar) considerando que tanto ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA. como los denunciados se dedican a la fabricación, distribución o comercialización de este tipo de productos.

El producto afectado con la conducta denunciada es el edulcorante fabricado por ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., con la marca SIDIET.²⁰

Finalmente solicitó:

Por todo lo expuesto, conforme a los artículos 53 y siguientes, 77, 78 numeral 2, literal c), 79 literal b), 80, 81, de la LORCPM, al tratarse de una infracción grave, solicito:

Se califique la denuncia (sic) como clara y completa y se notifique a los presuntos responsables.

Que se ordene el inicio de la investigación.

En el caso de que no cesen las actividades de los denunciados relacionadas con la fabricación y comercialización ilegítima, del producto SIDIET, que se aplique una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

¹⁹ Escrito de denuncia, de 12 de noviembre de 2020, las 13h22, con Id. Trámite 176270, P. 21

²⁰ Escrito de denuncia, de 12 de noviembre de 2020, las 13h22, con Id. Trámite 176270, P. 8.



De conformidad con el artículo 73 de la LORCPM, además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Superintendencia podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo (...), por lo que solicito adicionalmente se ordene el cese de la práctica anticompetitiva.

En el caso de que la Intendencia de Prácticas Desleales, considere que los motivos de la denuncia se tratan de asuntos de Propiedad Intelectual entre pares, que no afectan el orden público, solicitamos se declare que el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, es competente para conocer casos de Propiedad Industrial vinculada a la Propiedad Intelectual, entre los que se incluye la protección de marcas no registradas, en tanto la conducta desleal sea capaz de inducir a confusión; declarando además que existen indicios de competencia desleal por parte de los denunciados.²¹

6.1. ESCRITO DE ACLARACIÓN Y COMPLEXIÓN

Al considerar que la denuncia no era clara y ni completa, esta Autoridad ordenó al denunciante que complete y aclare la misma. Al respecto, el operador ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., realizó las siguientes aclaraciones:

Respecto de la denuncia interpuesta la misma se fundamentó en **los actos de confusión sobre de los productos, establecimiento o de la actividad industrial o comercial de un competidor, la imitación de iniciativas empresariales** y el desvío de la cliente (sic) que efectivamente sería una consecuencia de los actos de confusión previstos en los artículo 258 y 259 de la Decisión 486, y en los artículos 25 y 27 LORCPM.

En relación con la conducta de confusión respecto de los productos, actividad o establecimiento de ajenos, manifestó que:

“... 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.” (resaltados fuera de texto). (...)

En relación con la imitación de prestaciones o iniciativas empresariales, el denunciante aclaró que:

“... El artículo 27, numeral 3, literal b) de la LORCPM, regula los actos de competencia desleal, por imitación de prestaciones o iniciativas empresariales de la siguiente manera:

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

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

b) **La imitación de prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando resulte idónea para generar confusión por parte de los consumidores respecto a la**

²¹ Escrito de denuncia, de 12 de noviembre de 2020, las 13h22, con Id. Trámite 176270, P. 43.



procedencia empresarial de la prestación o comorte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.” (Resaltados fuera de texto) (...)

Respecto del periodo aproximado de su duración o inminencia, el compareciente manifestó que:

(...) Respecto al señor el señor (sic) JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ, el período aproximado de duración de la infracción se encuentra desde el **24 de julio de 2018** fecha en la que mi representado conoció que el señor VILLACRES, presunto distribuidor de la compañía RPB S.A., en Ecuador, empezó a ofertar y comercializar la marca SIDIET, **hasta la actualidad** conforme se desprende de la oferta de este producto que hasta el día de hoy existe en Ecuador en redes sociales, cuya materialización notarial fue adjuntada a la presente denuncia como prueba a favor de mi mandante.

En relación con el segundo denunciado, manifestó:

(...) Respecto de la compañía RPB S.A., existiría una inminencia o riesgos de que se genere un ambiente de confusión respecto de los productos, establecimiento o actividades de mi mandante, así como la imitación de iniciativas empresariales y el desvío de clientela, desde el **3 de septiembre de 2018**, fecha en la que interpuso ante el SENADI, una acción de cancelación al registro de la marca “**SIDIET**”, No. 8645-11, para proteger productos de la clase internacional 5, de titularidad de ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA, **hasta la actualidad**, pues la compañía a pesar de en los procesos seguidos ante el SENADI conoció que ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA, comercializó con anterioridad en Ecuador, la marca SIDIET para edulcorantes (...).

Asimismo, de la relación de los involucrados con la conducta denunciada el compareciente señaló:

[L]a compañía RPB S.A., reconoce que el señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ, es un distribuidor en Ecuador de RPB S.A., del producto de origen argentino identificado por la marca SIDIET, considerando que la única tutela administrativa interpuesta por ZAPHIREDELCOR CÍA. LTDA., por el uso de la marca SIDIET, durante el período comprendido entre el año 2018 hasta la fecha del escrito de RPB antes citado, esto es el 12 de agosto de 2020, fue presentada en contra del señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ.

Adicionalmente reconocen que los productos o edulcorante de origen argentino SIDIET, provienen de la compañía RPB S.A., lo cual es una afirmación de trascendental importancia en la presente denuncia, **pues confirma que RPB S.A., estaría actuando en Ecuador a través de distribuidores** (énfasis añadido).

Por lo anterior, el señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ, sería entonces un presunto distribuidor del edulcorante identificado por la marca SIDIET, de la compañía RPB S.A.

En complemento a lo anterior, la relación tanto del señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ como de la compañía argentina RPB S.A., con las conductas denunciadas, es la siguiente:

El señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ, presunto distribuidor de RPB S.A., ha venido vendiendo en el Ecuador, dentro del período de relevancia antes mencionado (24 de julio de 2018 hasta la actualidad), un edulcorante con la marca SIDIET, sin considerar que ZAPHIREDELCOR CÍA. LTDA., comercializó con anterioridad el mismo producto (edulcorante) con la misma marca SIDIET, **conducta que en los términos de la denuncia interpuesta, implicaría presuntas prácticas desleales relacionadas con actos de confusión respecto**



de los productos, establecimiento o de la actividad industrial o comercial de un competidor, la imitación de iniciativas empresariales y el desvío de la clientela.

Respecto de la compañía RPB S.A., **existe una inminencia o riesgo de que se genere un ambiente de confusión respecto de los productos, establecimiento o actividades de mi mandante, así como la imitación de iniciativas empresariales y el desvío de clientela, pues esta compañía a pesar de que desde el inicio de las acciones legales interpuestas como actores y demandados, conocía que ZAPHIREDELCOR CÍA. LTDA., expende un edulcorante con la marca SIDIET**, y que el Órgano Colegiado de Derechos Intelectuales SENADI, en resolución No. OCDI-2020-157 de 18 de febrero de 2020, notificada al día siguiente, emitida por el dentro de la acción de cancelación por falta de uso, No. OCDI-2018-045-AC, reconoció que la marca **SIDIET** de ZAPHIREDELCOR CÍA. LTDA., se encuentra en uso en el mercado para identificar edulcorantes naturales de la clase 30, persiste hasta el día de hoy en su intención de comercializar la marca SIDIET, para el mismo producto, lo que podría adecuarse a las conductas objeto de la denuncia interpuesta antes esta Intendencia.” (Énfasis añadido)

6.2 DEL ESCRITO DE EXPLICACIONES PRESENTADO POR EL ABOGADO PEDRO MANUEL CÓRDOVA BALDA POR SUS PROPIOS DERECHOS CON RELACIÓN A LA DENUNCIA PRESENTADA POR EL OPERADOR ECONÓMICO ZAPHIREDELCOR CÍA. LTDA.

El abogado explicó respecto de la denuncia presentada por ZAPHIREDELCOR CÍA. LTDA.:

1. Devuelvo a su Autoridad la Denuncia presentada por el operador económico ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA. y que me fuera notificada en mis oficinas personales.
2. En mi calidad de abogado en libre ejercicio, especializado en materia de propiedad intelectual, recibo procuraciones judiciales de clientes internacionales y solamente puedo actuar en el marco de esas procuraciones o poderes especiales.
3. En este caso, la compañía denuncia RPBA S.A. no me ha facultado para recibir citaciones ni notificaciones en asuntos que no sean de propiedad intelectual. Si bien el poder de propiedad intelectual que me otorgó RPBA S.A. me faculta a actuar en procesos de competencia desleal, se refieren a disputas directas bajo la Ley de Propiedad Intelectual, más no en disputas de competencia desleal con efectos en el mercado que son reguladas por la LORCPM. Tampoco se me ha otorgado bajo el artículo 6 de la Ley de Compañías ni un mandato o contrato de servicios para representar a RPBA S.A. en la denuncia objeto de este expediente administrativo.
4. En este sentido, al ser una compañía extranjera con domicilio en Argentina, la Denuncia debió ser notificada por medio de exhorto a través de las oficinas consulares pertinentes, cumpliendo con la normativa aplicable al caso. Sin perjuicio de lo anterior, la compañía RPB no fue citada en legal y debida forma.

Asimismo, añadió que en relación con la violación del artículo 27 numeral 1 de la LORCPM debido que:

- a. Para que se configure una conducta anticompetitiva a la luz de la LORCPM, esta requiere dos elementos esenciales: (1) la existencia de una de las conductas establecidas en el artículo 27 de la ley y (2) que, como resultado de esta conducta, se impida, restrinja, o falsee la competencia, y de esta forma se atente contra la eficiencia económica y el bienestar general de los consumidores



- b. En el presente caso, no existe confusión, por un lado, la marca de RPB está debidamente registrada en la clase 30 y es anterior a la del denunciante. Es más, la marca SIDIET de RPB tiene un registro andino con más de 28 años de vigencia y reconocimiento en el mercado latinoamericano y andino. Así mismo, el SENADI ya resolvió esta disputa y canceló la marca de la ahora denunciante que, de forma abusiva e ilegítima, únicamente pretende evitar que RPB comercialice su producto en Ecuador.
- c. Por otro lado, no puede existir confusión en un mercado donde no existe concurrencia, elemento fundamental para que se configure una práctica desleal puesto que RPB no comercializa el producto SI DIET en el Ecuador.

Finalmente explicó que es improcedente la alegación del denunciante respecto de la existencia de la violación al artículo 27 numeral 3 de la LORCPM por cuanto:

- a. Las actuaciones de imitación en el mercado no siempre suponen por sí mismas actos de competencia desleal. Pues no se evidencia que se infrinja un derecho de propiedad intelectual debidamente reconocido, y tampoco la conducta es idónea para generar confusión a los consumidores.
- b. Como consecuencia de una práctica desleal la conducta debería generar algún tipo de aprovechamiento, que, como se ha indicado no se puede verificar en virtud de que los productos SI DIET dejaron de comercializarse en Ecuador, tal como se indica anteriormente.
- c. Así pues, para que una conducta sea sancionable, no basta con la simple existencia de una conducta desleal, sino que ésta debe ser cualificada, es decir, que tenga por efecto real o potencial una afectación al mercado, bienestar general o de consumidores, para que, en efecto, se configure un daño concurrencial, cosa que no existe.

6-3. DEL ESCRITO DE EXPLICACIONES PRESENTADO POR JOMARTH GONZALES VILLACRES DE LA CRUZ

El denunciado en su escrito de explicaciones manifestó:

En el año 2018 RPB S.A., sociedad argentina titular de la marca Andina SI DIET (el "Principal") nombró a JOMARTH GONZALES VILLACRECES DE LA CRUZ distribuidor autorizado (el "Distribuidor") de los productos SI DIET para Ecuador.

El producto SI DIET fabricado en argentina por el Principal es un edulcorante sin calorías, mismo que se comercializa de forma notoria en los principales mercados latinoamericanos por más de 29 años.

RPB S.A. obtuvo la protección de sus derechos marcarías mediante un registro de marca en Colombia de fecha 28 de junio de 1994 (...), Así mismo, desde el año 1991 la marca SI DIET de RPB se comercializa de forma notoria y continua en los principales mercados latinoamericanos y sobre todo en la región andina.

En el año 2011, la sociedad ecuatoriana ZAPHIREDELCOR CIA. LTOA, en un claro intento de evitar la comercialización de los productos de RPB en Ecuador, realizó dos acciones administrativas (...)

Como consecuencia de los claros intentos de ZAPHIREDELCOR para evitar que RPB comercialice sus productos en Ecuador, restringiendo la competencia, el Distribuidor desistió de sus esfuerzos



comerciales en el mes de agosto del año 2018. Es decir, RPB no tuvo permanencia en el mercado ecuatoriano y no generó ningún cambio a la estructura de dicho mercado por la poca significancia de las importaciones que realizó el Distribuidor.

El 3 de septiembre de 2018, para evitar las acciones claramente abusivas y anticompetitivas de ZAPHIREDELCOR, RPB Argentina interpuso ante el SENADI una acción de cancelación de la marca SIDIET de ZAPHIREDELCOR, por falta de uso (...).

Mediante resolución No. OCDI-2020-157 de 18 de febrero de 2020, el SENADI, dentro de la acción de cancelación mencionada en el numeral anterior, aceptó la acción de cancelación propuesta por RPB, y consecuentemente canceló el registro de la marca SIDIET, No 8645-11, al concluir que la marca no se encontraba en uso para productos de uso medicinal de la clase 5, sino para edulcorantes naturales de la clase internacional 30.

Con fecha 10 de marzo de 2020 el SENADI, mediante resolución No. SENADI-DNPI- 2020-022, rechaza la tutela administrativa presentada, alegando que el Distribuidor usa la marca SIDIET para edulcorantes y, que la marca SIDIET, No. 8645-11 de titularidad de ZAPHIREDELCOR, está registrada en la clase internacional 5, destinada para productos naturales de uso medicinal, por lo que no existe una infracción a sus derechos. (...)

El denunciado alegó la inexistencia de violación al artículo 27 (1) de la LORCPM:

Para que se configure una conducta anticompetitiva a la luz de la LORCPM, esta requiere dos elementos esenciales: (1) la existencia de una de las conductas establecidas en el artículo 27 de la ley y (2) que, como resultado de esta conducta, se impida, restrinja, o falsee la competencia, y de esta forma se atente contra la eficiencia económica y el bienestar general de los consumidores.

(...) no existe confusión, por un lado la marca de RPB está debidamente registrada en la clase 30 y es anterior a la del denunciante. Es más, la marca SIDIET de RPB tiene un registro andino con más de 28 años de vigencia y reconocimiento en el mercado andino.

(...) las prácticas desleales y abusivas de ZAPHIREDELCOR generaron que el Distribuidor desista de sus esfuerzos comerciales para continuar con la comercialización de los productos de RPB. (...) el Distribuidor desistió de sus esfuerzos comerciales en el mes de agosto del año 2018.

Como hemos anticipado, el único titular de un derecho de propiedad intelectual en la clase 30, de edulcorantes, es RPB y por ende el ejercicio de su legítimo derecho no puede ni debe ser considerado una práctica desleal. Sin embargo, incluso en el supuesto hipotético de que esta intendencia sí lo considere, la confundibilidad de los signos distintivos no es razón suficiente para considerar que existe una práctica desleal. En esta línea de ideas, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), dentro del proceso 52-IP-2018, manifiesta que:

"Con relación a los actos de competencia desleal por confusión, cabe reiterar que los mismos no se refieren propiamente a la confundibilidad entre los signos distintivos de los productos competidores, toda vez que la situación se encuentra sancionada por un régimen específico, sino a la confusión que aquellos actos pudieran producir en el consumidor en lo que concierne al establecimiento, los productos o la actividad económica de un competidor determinado, impidiéndole elegir debidamente, sus necesidades y deseos."

En adición explicó que, es improcedente la afirmación del denunciante de que existe confusión al utilizar la marca SIDIET:



La compañía RBP no tiene participación en el mercado ecuatoriano desde el año 2018 (...). Lo cual elimina la posibilidad de que exista un elemento concurrencial.

RPB es titular de la marca SIDIET en la clase internacional 30, mientras que el denunciante era titular de la marca SIDIET en la clase internacional 5, misma que no guarda relación con la anterior. (...)

Por lo tanto, queda claro que tampoco se configura la violación del citado artículo 27 numeral 1 de la LORCPM ya que la competencia desleal, por su naturaleza de derecho sancionador, contienen en sus supuestos dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. El elemento objetivo reúne dos requisitos: i) que la acción concreta se debe dar en el mercado y; ii) los fines concurrenciales de la acción. En este caso concreto, el denunciante no ha logrado demostrar ninguno de los elementos objetivos de la acción. En palabras del autor Alberto Bercovitz, estos requisitos significan que la acción se manifieste "públicamente" y "que la actuación de que se trata tenga por objeto la captación de clientela".

Respecto de los actos de imitación denunciados en su contra, JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ explicó que, para que la imitación se constituya competencia desleal debe configurarse dentro del tipo descrito en el numeral 3 del artículo 27 de la LORCPM, esto es:

Que la imitación que infrinja un derecho de propiedad intelectual reconocido por la ley. En este caso, RPB tiene el legítimo derecho sobre la clase 30 (edulcorantes) y además de eso consiguió la cancelación del registro del denunciante en la clase 5 por FALTA DE USO.

La imitación de prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando resulte idónea para generar confusión por parte de los consumidores respecto a la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. En este caso lo que sucede es justamente lo contrario, RPB es víctima de una empresa local que ha pretendido apropiarse de la reputación regional de RPB a través de un registro marcario (sin uso) encaminado a evitar que RPB ingrese al mercado ecuatoriano.

(...) la imitación implica que aquel que imita desleal tenga un aprovechamiento. Como se ha indicado de forma enfática, en este caso el distribuidor de RPB desistió de sus esfuerzos comerciales apenas unos meses luego de su importación, siendo ya más de tres años sin que se comercialicen los productos en Ecuador. (...)

Enfatizamos que desde el año 2018, el monto de ventas por el producto SIDIET ofertado por el Distribuidor es \$0,00.

Por otro lado, al analizar la naturaleza jurídica de la regulación de los actos de competencia desleal (...) el primer inciso del artículo 26 de la referida norma, establece que para que se configure una conducta anticompetitiva a la luz de la LORCPM, esta requiere de dos elementos esenciales: en primer lugar, la existencia de una de las conductas establecidas en el artículo 27 de la referida ley; y segundo, que como resultado de esta práctica se impida, restrinja, falsee, distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

(...) es improcedente que el denunciante alegue que existe una imitación de prestaciones o iniciativas empresariales, en virtud de que RBP no comercializa productos en el mercado ecuatoriano desde el año 2018, y no se configura el elemento sustancial de que exista una afectación significativa en el mercado.



Vemos que en todos estos pronunciamientos hay un análisis del impacto en el mercado relevante que le permite a la Autoridad establecer si efectivamente se configura el elemento fundamental en los temas de competencia desleal de conformidad con la LORCPM, y esta es que haya una afectación significativa a la competencia y al mercado en general. De todo lo anterior, se puede evidenciar que no existe una afectación significativa a la competencia al mercado en general.

Sobre la falta de competencia de la SCPM sobre este caso se pronunció:

El derecho de la competencia, y, en particular, la regulación de la competencia desleal, tienen una clara interacción con el derecho de propiedad intelectual, ya que ambas ramas del derecho regulan desde su propia perspectiva los actos concurrenciales en el mercado.

(...) conforme lo establece el artículo 26 de la LORCPM que: "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." (SENADI). Por lo tanto, es improcedente que el denunciante pretenda que la SCPM se pronuncie cuando NO se cumple con el elemento de afectación al interés general, pues como se ha demostrado a lo largo del presente, la conducta denunciada no configura un supuesto de práctica desleal. Excluyendo la competencia de la SCPM, para pronunciarse sobre un asunto que ya fue resuelto anteriormente por parte del SENADI, autoridad competente de acuerdo al objeto del conflicto y conforme con el Art. 76 numeral 3 de la Constitución (...).

Finalmente, el denunciado solicitó que se archive la presente causa por falta de configuración de conductas desleales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 de LORCPM.

6.4. Consideraciones realizadas por la Intendencia

6.4.1. Consideración previa sobre la aplicación de la Decisión 486 de la CAN por parte de la SCPM

En varios apartados de su denuncia, ZAPHIREDELCOR CÍA. LTDA., hizo referencia los artículos 258 y 259 de la Decisión 486 de la CAN, así como los artículos 25 y 27 de la LORCPM, para sustentar el supuesto cometimiento de actos desleales por confusión, por parte de los denunciados.

En la página 14 de su escrito de denuncia puntualizó: *“La conducta incurrida por el señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ y RPB S.A., conforme al concepto de competencia desleal previsto en los artículos 258, 259 de la Decisión 486...”*.

En la página 15, luego de citar textualmente el artículo 259 de la Decisión 486, realizó el siguiente argumento:

Esta norma considera como actos de competencia desleal, **cualquier** conducta capaz de crear confusión respecto del establecimiento, productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; en este sentido, la utilización de la frase CUALQUIER CONDUCTA que pueda inducir a confusión, es la mejor demostración de que el SENADI no puede limitarse a exigir un registro de marca previo para catalogar una conducta deshonesta en el mercado como una práctica desleal, vinculada a la Propiedad Intelectual.

Al respecto, esta Autoridad considera oportuno aclarar al operador económico que la finalidad de la LORCPM, consiste en la prevención, prohibición y sanción de prácticas desleales en búsqueda de eficiencia en los mercados, comercio justo, el bienestar general y de los consumidores y usuarios; de esta manera, los casos en lo que no exista una afectación al orden público económico, el conflicto entre particulares debe ser resuelto por las autoridades jurisdiccionales competentes.

Ahora bien, el derecho de la competencia, y en particular la regulación de la competencia desleal, tienen una clara interacción con el derecho de propiedad intelectual, ya que ambas ramas del derecho regulan desde su propia perspectiva los actos concurrenciales en el mercado.

En línea con lo referido, el artículo 258 de la Decisión 486²² reconoce esta relación. Así también, el artículo 259 de la indicada Decisión determina que constituyen actos de competencia desleal vinculados a la propiedad industrial, entre otros, “confusión” “desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor” o “engaño”²³.

En consecuencia, conforme la configuración normativa de nuestro ordenamiento jurídico es pertinente señalar que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene la facultad de conocer y resolver asuntos de competencia desleal, producto de cuestiones relativas a derechos de propiedad intelectual cuando estos cumplan con los requisitos contenidos en la LORCPM para su cualificación, en los demás casos la competencia la tendrá el SENADI²⁴.

Así, para determinar la competencia del órgano público para conocer posibles hechos de competencia desleal con relación a propiedad intelectual, el legislador en el artículo 26 de la LORCPM incorporó la siguiente disposición:

“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

²² “Se considera desleal todo acto vinculado a la propiedad industrial realizado en el ámbito empresarial que sea contrario a los usos y prácticas honestos.”

²³ a) cualquier acto capaz de crear una confusión; b) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; o, c) actos de engaño pudieren inducir a público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

²⁴ Por su parte, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, en concordancia con el artículo 267 de la Decisión comunitaria 486, establece que la autoridad competente para la regulación, gestión y control de derechos intelectuales es el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI). En consecuencia, el SENADI es el organismo competente para proteger y defender los derechos intelectuales; organizar y administrar la información sobre los registros de todo tipo de derechos de propiedad intelectual y por ende conocer el posible cometimiento de prácticas de competencia desleal relacionadas con propiedad intelectual.



los consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia” (Énfasis añadido)

Por lo que, en aquellos casos de competencia desleal relativas a propiedad intelectual en los que no exista una afectación al interés general o al bienestar de los consumidores son de competencia de la autoridad nacional de propiedad intelectual –SENADI–, por el contrario la LORCPM reserva para la SCPM la competencia para aquellos casos de competencia desleal – relativas o no a propiedad intelectual– que falseen o puedan falsear el régimen de competencia en el mercado relevante objeto de análisis o determinación.

En este sentido, al momento de realizar el análisis correspondiente, la SCPM debe determinar si las conductas anticompetitivas relativas a propiedad intelectual denunciadas cumplen, o no con el parámetro exigido en el artículo 26 de la LORCPM para la determinación de la competencia de este órgano administrativo, lo indicado debe ser realizado de conformidad con el procedimiento contemplado en los artículos 30 y 31 del RLORCPM.

6.4.2. Consideraciones sobre la legitimación pasiva de RPBA S.A.

Mediante escrito de 23 de diciembre de 2020, las 16h14, con ID 180441, compareció ante esta autoridad el abogado Pedro Manuel Córdova Balda y manifestó: “1. Devuelvo a su Autoridad la Denuncia presentada por el operador económico ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA. y que me fuera notificada en mis oficinas personales”.

Las razones “devolución” que realizó el abogado, constan en los párrafos 3 y 4 de su escrito, que dice:

3. En este caso, la compañía denunciada RPBA S.A. no me ha facultado para recibir citaciones ni notificaciones en asuntos que no sean de propiedad intelectual. Si bien el poder de propiedad intelectual que me otorgó RPBA S.A. me faculta a actuar en procesos de competencia desleal, se refieren a disputas directas bajo la Ley de Propiedad Intelectual, más no en disputas de competencia desleal con efectos en el mercado que son reguladas por la LORCPM. Tampoco se me ha otorgado bajo el artículo 6 de la Ley de Compañías ni un mandato o contrato de servicios para representar a RPBA S.A. en la denuncia objeto de este expediente administrativo.

4. En este sentido, al ser una compañía extranjera con domicilio en Argentina, la Denuncia debió ser notificada por medio de exhorto a través de las oficinas consulares pertinentes, cumpliendo con la normativa aplicable al caso. Sin perjuicio de lo anterior, la compañía RPB no fue citada en legal y debida forma.

Mediante providencia de 24 de diciembre de 2020, esta autoridad consideró:

CUARTO.- Agréguese al expediente el escrito y anexos presentados por el abogado PEDRO MANUEL CÓRDOVA BALDA, ingresado el 23 de diciembre de 2020, las 16h14, signado con el ID 180441. En su atención: Previo a disponer lo que en derecho corresponda, se dispone al abogado PEDRO MANUEL CÓRDOVA BALDA que en el término de 1 día remita a esta Autoridad, copia certificada del poder especial otorgado por la compañía RPBA S.A., adjunto al escrito que se despacha.

Mediante escrito de 30 de diciembre de 2020, las 14h40, con ID 180883, el abogado PEDRO MANUEL CÓRDOVA BALDA remitió las copias certificadas solicitadas por esta autoridad. En tal



virtud, esta autoridad procede a pronunciarse respecto de la calidad de legitimado pasivo de la empresa RPB S.A., dentro de este expediente.

El Código Orgánico Administrativo (en adelante, COA), en su artículo 149 determina:

Art. 149.- Persona interesada. Además de las personas a quienes la administración pública ha dirigido el acto administrativo, se considerará persona interesada en el procedimiento administrativo la que:

1. Promueva el procedimiento como titular de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. En el caso de intereses colectivos, la persona titular demostrará tal calidad por cualquiera de los medios admitidos en derecho.
2. Invoque derechos subjetivos o acredite intereses legítimos, individuales o colectivos, que puedan resultar afectados por la decisión que adopte en el procedimiento.
3. Acredite ser titular de derechos o intereses legítimos de las asociaciones, organizaciones, los grupos afectados, uniones sin personalidad, patrimonios independientes o autónomos y comparezca al procedimiento ante de la adopción de la resolución.

Cuando la condición de persona interesada se derive de alguna relación jurídica transmisible, la persona derechohabiente mantiene tal condición, cualquiera que sea el estado del procedimiento. Si son varios los sucesores, deben designar un procurador común, de conformidad con el régimen común.

El interés legítimo invocado, individual o colectivo, no puede ser meramente hipotético, potencial o futuro.

De conformidad con el COA, la persona interesada es, en primer lugar es aquella a quien se dirige el acto administrativo. En adición, es también persona interesada aquella que ha realizado actos jurídicos constantes en los numerales 1 a 3 del artículo citado.

En el presente caso, la persona interesada es la compañía RPB S.A., por otra parte, la legitimación de personería, legitimación en el proceso o *Legitimatío ad processum*, se refiere, según la doctrina, a “la capacidad jurídico procesal de las partes o a la representación para intervenir en juicio a nombre de otro”²⁵. De no cumplirse con esta capacidad, existiría ilegitimidad de personería del legitimado pasivo en el proceso

En lo que respecta a la legitimación en el proceso, el COA establece lo siguiente:

Art. 152.- Representación. La persona interesada puede actuar ante las administraciones públicas en nombre propio o por medio de representante, con capacidad de ejercicio y legalmente habilitada.

La representación se acreditará en el procedimiento, por cualquier medio válido. El documento de representación puede facultar para todos los actos del procedimiento administrativo o para algún acto específico del mismo.

²⁵ Edwin Quinga, “La legitimación para la defensa de los derechos colectivos”, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, p.31.



El empleo de la representación no impide la intervención del propio interesado cuando lo considere pertinente o cuando se le requiera su colaboración.

La administración pública se dirigirá al representante para todas las actuaciones del procedimiento para las que se le ha habilitado en el documento de representación.

En el presente caso, el abogado PEDRO MANUEL CÓRDOVA BALDA compareció ante esta autoridad, al haber sido notificado con la denuncia y demás documentación, dirigida a RPB S.A., en su comparecencia mencionó que, si bien tiene un poder otorgado a su favor por parte de la denunciada, el mismo no sería suficiente para comparecer ante esta dependencia. Argumentó que el referido poder le facultaría para representar a RPB S.A., en asuntos de competencia desleal bajo la Ley de Propiedad Intelectual y no la LORCPM.,

Ahora bien, de la revisión del “PODER ESPECIAL PARA PROPIEDAD INTELECTUAL”, que adjuntó el compareciente en su escrito, esta Intendencia identifica que el operador económico denunciado otorgó el mencionado poder para actuar ante las siguientes entidades del sector público:

... **Poder Especial**, amplio y suficiente para actuar en forma conjunta o separada, a su nombre y representación, ante todas las Instituciones Públicas o Privadas, Institutos autónomos, especialmente la Autoridad encargada de asuntos de Propiedad Intelectual e Industrial, Autoridades encargadas de Asuntos Regulatorios, Agencias, Ministerios o Secretarías de Estado, Centros de Arbitraje y Mediación, Tribunales, Juzgados y Cortes de Justicia; y, otros organismos de la República del Ecuador. (Énfasis añadido)

En cuanto al objeto del poder, la página segunda, párrafo segundo, manifiesta lo siguiente:

El Poder autoriza además a los **Apoderados a:** (...) plantear o contestar **acciones de competencia desleal y cualquier otra acción legal**, recurso administrativo y/o judicial, y en general firmar cuanto escrito fuere necesario en defensa del legítimo interés del Poderdante, en el ámbito de **Propiedad Intelectual y Regulatorio**. (Énfasis añadido)

A partir de estas cláusulas, es criterio de esta Intendencia que el poder ha sido otorgado para que los apoderados actúen ante cualquier organismo de la República del Ecuador, no únicamente ante la autoridad de propiedad intelectual. De conformidad con el artículo 225 de la Constitución de la República, las superintendencias forman parte del sector público. Por ende, los apoderados de RPB S.A., están facultados para actuar ante la SCPM.

Respecto del objeto del poder, RPB S.A., facultó a los apoderados para contestar acciones de competencia desleal en el ámbito de propiedad intelectual y regulatorio. Esta autoridad considera que, de conformidad con el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el SENADI no es el único órgano con competencia para conocer y resolver controversias relacionadas con propiedad intelectual, sino que esta potestad también le ha sido conferida a la SCPM, en la medida en que los hechos investigados constituyan una práctica desleal, y falsee el régimen de competencia.

El poder faculta a los apoderados para defender los intereses de RPB S.A., en acciones de competencia desleal en el ámbito de propiedad intelectual. En adición, cabe mencionar que el poder no hace diferencia entre cuestiones de prácticas desleales con efectos inter partes o con afectación al interés general, así como tampoco limita únicamente a acciones derivadas



únicamente de propiedad intelectual o excluye a las acciones derivadas de la aplicación de la LORCPM, que es parte del derecho regulatorio ecuatoriano.

Por otra parte, el poder también explica la forma como ha de ser interpretado. En su último párrafo expresa:

Este Poder será interpretado en forma extensa y otorga a los Apoderados la autoridad y el poder necesarios para realizar los objetivos del **Poderdante** y cuidar sus derechos y responsabilidades legales.

En tal virtud, es importante señalar que el poder otorga a los apoderados la autoridad y poder necesarios para cuidar los derechos y responsabilidades legales del poderdante, como en efecto, así lo ha hecho el mandatario al contestar los argumentos de la denuncia.

Con base en los fundamentos expuestos, esta Autoridad considera que RPB S.A., tiene legitimación en la causa. Por otra parte, el abogado PEDRO MANUEL CÓRDOVA BALDA tiene legitimación en el presente procedimiento administrativo, en virtud del poder que ha presentado a esta autoridad, y de las actuaciones de mandatario que ha efectuado en este expediente.

6.4.3. Problema jurídico

Con base en las principales argumentaciones de los operadores económicos denunciante y denunciados, esta Intendencia formula el siguiente problema jurídico:

PJ1: ¿Existen indicios sobre el cometimiento actos de confusión e imitación por parte del señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ y la compañía RPB S.A en el marco de la LORCPM?

A fin de dar solución al problema jurídico planteado esta Autoridad realiza el presente análisis.

6.4.3.1. Actos de confusión

En relación con la conducta de competencia desleal de confusión, el artículo 27 de la LORCPM determina:

“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”.

Respecto de los actos de confusión, Massaguer manifiesta que:

“... el acto de confusión como comportamiento de toda clase idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos, circunstancia que se atiende producida ya cuando es apto para crear un riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de su procedencia empresarial. De este modo, el centro de gravedad de la deslealtad parece situarse en la



explotación de las ventajas competitivas ligadas a otro sujeto, sea a su actividad, establecimiento o prestaciones (deslealtad frente a los competidores); sin embargo, el reproche de deslealtad se asienta en la reacción de los consumidores ante el suministro de una información que no se corresponde con la realidad (deslealtad frente a los consumidores)”.

En ese orden de ideas, los actos de confusión se configuran cuando un operador económico realiza actos encaminados a que los consumidores asocien sus prestaciones, actividades o establecimientos con un tercero, es decir, el infractor crea confusión en el consumidor cuando utiliza en sus productos, servicios o establecimientos determinadas características con las que se identifica a un tercero en el mercado.

Al realizar un análisis de derecho comparado, esta Intendencia evidencia que de acuerdo con el Tribunal Justicia de la Comunidad Andina:

La marca tiene como función principal la de identificar los productos o servicios de un fabricante, con el objeto de diferenciarlos de los de igual o semejante naturaleza, pertenecientes a otra empresa o persona.²⁶

Así mismo, los actos de confusión marcaría impiden al consumidor que diferencie el origen del bien o servicio, objeto de comercio. Al respecto, esta Intendencia tiene en consideración, también como referencia de derecho comparado, lo señalado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dentro del proceso 85-IP-2004,²⁷ en el cual consideró que los actos de confusión en materia marcaría se refieren a la falta de claridad en los consumidores respecto del real oferente del bien o servicio.

En el mismo sentido, dentro del proceso 312-IP-2014, el Tribunal de Justicia sostuvo que la identidad o semejanza entre signos puede dar lugar a dos tipos de confusión marcaría. En primer lugar, la directa. Este tipo de confusión se daría cuando el vínculo de identidad o semejanza induce al comprador a adquirir un producto o usar un servicio determinado en la creencia de que está comprando o usando otro, lo que implica la existencia de un cierto nexo también entre los productos o servicios.²⁸

Por otro lado, se encuentra la confusión indirecta. Al respecto, el Tribunal ha señalado que esta se caracteriza porque el vínculo hace que el consumidor atribuya, sin ser cierto, a dos productos o servicios que se le ofrecen, un origen empresarial común.

A efectos de determinar la existencia de indicios sobre acto de confusión, el referido Tribunal ha utilizado las siguientes reglas de cotejo marcarío:

Regla 1.- La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por las marcas.

Regla 2.- Las marcas deben examinarse sucesivamente y no simultáneamente.

²⁶ Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 46-IP-2000, marca: “CAMPO VERDE”, publicado en la Gaceta Oficial N° 594, de 21 de agosto del 2000.

²⁷ Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 85-IP-2005, Sentencia de 1 de septiembre de 2004.

²⁸ Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad andina, Proceso 312-IP-2014, publicado en la Gaceta en 2 de septiembre de 2020.



Regla 3.- Deben tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existen entre las marcas.

Regla 4.- Quien aprecie el parecido debe colocarse en el lugar del comprador presunto y tener en cuenta la naturaleza de los productos.²⁹

En relación con el significado de estas reglas, el Tribunal, al citar al tratadista Breuer Moreno, ha señalado lo siguiente:

“La primera regla y la que se ha considerado de mayor importancia, es el cotejo en conjunto de la marca, criterio que se adopta para todo tipo o clase de marcas.

Esta visión general o de conjunto de la marca es la impresión que el consumidor medio que tiene sobre la misma y que puede llevarle a confusión frente a otras marcas semejantes que se encuentren disponibles en el comercio.

En las marcas es necesario encontrar la dimensión que con mayor intensidad penetra en la mente del consumidor y determine así la impresión general que el distintivo causa en el mismo.

La regla de la visión en conjunto, a más de evitar que sus elementos puedan ser fraccionados en sus partes componentes para comparar cada componente de una marca con los componentes o la desintegración de la otra marca, persigue que el examen se realice a base de las semejanzas y no por las diferencias existentes, porque éste no es el camino de comparación utilizado por el consumidor ni aconsejado por la doctrina.

En la comparación marcaria, y siguiendo otro criterio, debe emplearse el método de un cotejo sucesivo entre las marcas, esto es, no cabe el análisis simultáneo, en razón de que el consumidor no analiza simultáneamente todas las marcas sino lo hace en forma individualizada. El efecto de este sistema recae en analizar cuál es la impresión final que el consumidor tiene luego de la observación de las dos marcas. Al ubicar una marca al lado de otra se procederá bajo un examen riguroso de comparación, no hasta el punto de ‘disecarlas’, que es precisamente lo que se debe obviar en un cotejo marcario.

La similitud general entre dos marcas no depende de los elementos distintos que aparezcan en ellas, sino de los elementos semejantes o de la semejante disposición de esos elementos”.

En el presente caso, el denunciante puso en conocimiento de esta Autoridad que:

El señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ, presunto distribuidor de RPB S.A., ha venido vendiendo en el Ecuador, dentro del período de relevancia antes mencionado (24 de julio de 2018 hasta la actualidad), un edulcorante con la marca SI DIET, sin considerar que ZAPHIREDELCOR CÍA. LTDA., comercializó con anterioridad el mismo producto (edulcorante) con la misma marca SIDIET, conducta que en los términos de la denuncia interpuesta, implicaría presuntas prácticas desleales relacionadas con actos de confusión respecto de los productos, establecimiento o de la actividad industrial o comercial de un competidor, la imitación de iniciativas empresariales y el desvío de la clientela.

En relación con la compañía RPB S.A., denunció que:

²⁹ Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad andina, PROCESO 105-IP-2007, 17 de octubre de 2007.



... existe una inminencia o riesgo de que se genere un ambiente de confusión respecto de los productos, establecimiento o actividades de mi mandante, así como la imitación de iniciativas empresariales y el desvío de clientela, pues esta compañía a pesar de que desde el inicio de las acciones legales interpuestas como actores y demandados, conocía que ZAPHIREDELCOR CÍA. LTDA., expende un edulcorante con la marca SIDIET, y que el Órgano Colegiado de Derechos Intelectuales SENADI, en resolución No. OCDI-2020-157 de 18 de febrero de 2020, notificada al día siguiente, emitida por el dentro de la acción de cancelación por falta de uso, No. OCDI-2018-045-AC, reconoció que la marca SIDIET de ZAPHIREDELCOR CÍA. LTDA., se encuentra en uso en el mercado para identificar edulcorantes naturales de la clase 30, persiste hasta el día de hoy en su intención de comercializar la marca SIDIET, para el mismo producto, lo que podría adecuarse a las conductas objeto de la denuncia interpuesta antes esta Intendencia.”

A partir de estos cargos, esta Intendencia considera oportuno señalar que ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA., registró la marca SIDIET, No. 8645-11, para proteger productos de clase internacional 5, especialmente productos naturales de uso medicinal. Con base en este registro, habría comercializado “un endulzante o edulcorante líquido, que es usado en el mercado...”³⁰.

En adición, el señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ habría estado comercializando un edulcorante, con la marca SI DIET. Ante tal hecho, ZAPHIREDELCOR habría interpuesto una tutela administrativa ante SENADI, la cual habría sido rechazada. En respuesta a esta acción de tutela, el señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ habría interpuesto una cancelación de la marca en cuestión por falta de uso. El SENADI habría aceptado esta cancelación.

Al respecto, el denunciante considera que SENADI debió considerar, no sólo las normas de propiedad intelectual, sino también los parámetros sobre competencia desleal. De acuerdo con el

³⁰ A modo de complemento, respecto a la actividad de los denunciados, el artículo 2 de la LORCPM establece:

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

En tal sentido, de conformidad con el referido artículo, están sometidos a las disposiciones de la LORCPM, todo operador económico, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, sea nacional y extranjero, entre otros, **que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional**, así como las que realicen actividades fuera del país, en la medida en que sus actos, **actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.**

Por lo mencionado, al identificar que JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ, comercializa el producto SI DIET en el mercado nacional, es considerado operador económico a la luz de la LORCPM. Por su parte, la compañía RPB S.A., fabricante del producto SI DIET, en virtud, de ser una compañía extranjera que habría mantenido como distribuidor al señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ comercializador del producto importado SI DIET en el mercado local, sus actuaciones producen o podría producir efecto en el mercado ecuatoriano, por lo que, sería considerado operador económico conforme la LORCPM.

denunciante la intención de los denunciados comercializar un producto idéntico al suyo sería crear confusión.

En este sentido, según ZAPHIREDELCOR, SENADI no debió conceder la cancelación de la marca con categoría internacional 5, pues se habría demostrado dentro del procedimiento que el producto si estaba siendo usado por parte de ZAPHIREDELCOR con la clase internacional 30, para identificar edulcorantes naturales.

Al respecto, esta Autoridad considera que no es competencia de la SCPM pronunciarse sobre la correcta o incorrecta aplicación del ordenamiento jurídico por parte de SENADI, sino únicamente sobre si los hechos puestos en conocimiento de la autoridad de competencia constituyen o no prácticas desleales de conformidad con la LORCPM.

Por otra parte, respecto de la comercialización del producto SIDIET por parte del señor JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ, y la participación de RPB S.A., y el supuesto cometimiento de actos de confusión, esta Autoridad realiza el siguiente análisis.

Esta Intendencia ya se había pronunciado antes sobre el cometimiento de actos de confusión, al registrar una marca que estaba siendo usada comercialmente en forma previa por otro operador económico. En la resolución de archivo dictada dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-040-2019, cuya copia simple ha sido adjuntada por el denunciante, esta Intendencia consideró que:

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 tal sentido, el consumidor al encontrar un producto con la denominación DON CASTELÓ especial, podría entender que se trata del mismo producto o de uno similar que proviene a su vez del mismo operador económico que lo venía produciendo.

En el presente caso, el denunciante argumentó que, a pesar de que su producto está registrado en la clase internacional 5, y el de los denunciados en la clase internacional 30, la comercialización en el mercado de este último podría generar confusión en los consumidores sobre la real procedencia del producto.

Al respecto RPB S.A., en su escrito de explicaciones argumentó:

En el presente caso, no existe confusión, por un lado, la marca RPB está debidamente registrada en la clase 30 y es anterior a la del denunciante. Es más, la marca SIDIET de RPB tiene un registro andino con más de 28 años de vigencia y reconocimiento en el mercado latinoamericano y andino. Así mismo, el SENADI ya resolvió esta disputa y canceló la marca de la ahora denunciante que, de forma abusiva e ilegítima, únicamente pretende evitar que RPB comercialice su producto en Ecuador.

Sin embargo, no adjuntó a su escrito de explicaciones el registro de la referida marca ante la autoridad nacional de propiedad intelectual que corresponda. En tal virtud, el denunciado no acreditó sus explicaciones documentadamente.

Por su parte Jomarth Villacres, en su escrito de explicaciones coincidió con RPB S.A., al mencionar que el producto SI DIET se comercializa en forma notoria en los principales mercados latinoamericanos por más de 29 años.

En el presente caso, Jomarth González, afirmó que RPB S.A., obtuvo la protección de sus derechos marcarios mediante registro de marca en la República de Colombia, el 28 de junio de 1994. Para demostrar este hecho adjuntó el registro correspondiente. Añadió que comercializa el producto de forma notoria en los mercados latinoamericanos, sobre todo en la Comunidad Andina. Argumentó también que la intención del denunciante es que RPB S.A., no incurra en el mercado ecuatoriano, ocasionando que ésta última desista de sus intenciones de concurrir en dicho mercado.

Es importante señalar que, el producto del denunciante estaría registrado con la clase internacional 5, para uso medicinal y el de los denunciados estará protegido en la clase internacional, para edulcorantes.

De acuerdo con la documentación que obra en el proceso, el 28 de junio de 1994, el señor Aníbal Roman Baggio registró en Colombia la marca denominativa SI DIET, sin oposiciones, en la clase 30, para café, cacao, azúcar, arroz, tapioca, sagú, pastelería y confitería, miel, melaza, entre otros. En el historial de renovaciones consta que el 29 de abril de 2014, RPB S.A., realizó la renovación de la inscripción.

A partir de este hecho, esta Autoridad puede colegir que al menos desde 1994 la marca SI DIET habría sido utilizada internacionalmente para distinguir una línea de productos, en su mayoría relacionados con azúcar, miel y melaza, productos utilizados para endulzar.

En cambio, el denunciante demostró que su edulcorante habría sido comercializado en Ecuador, al menos desde el año 2015, es decir, más de 20 años después del registro de SI DIET en Colombia.

En este sentido, esta Intendencia identifica que habría sido el propio denunciante quien habría obtenido el registro del signo denominativo SIDIET, a pesar de que dicha marca ya estaba siendo usada por un operador económico en el territorio de la Comunidad Andina, área geográfica sobre la que son aplicables las normas comunitarias, en especial la Decisión 486 de la CAN, por parte de las autoridades competentes.

Cabe recalcar que los denunciados no acreditaron haber tramitado el registro de su marca ante la autoridad de propiedad intelectual ecuatoriana, antes que el denunciante.

Ahora bien, esta Autoridad, de manera preliminar, considera los dos productos objeto de investigación tiene la siguiente presentación:



Esta Intendencia identifica que, de manera preliminar, el signo utilizado en el producto de los denunciados, contendría un elemento denominativo idéntico al registrado por ZAPHIREDELCOR, como es el signo denominativo SIDIET.

El Comité de Desarrollo y Propiedad Intelectual (CDPI) de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), que ha considerado:

Los derechos exclusivos conferidos por las marcas están limitados en varios aspectos, en particular, respecto de la utilización en el comercio, la utilización como marca y la utilización que **implique riesgo de confusión en los consumidores**, debilitamiento del carácter distintivo o daño a la reputación de la marca, o **aprovechamiento indebido de la marca**. Aun en el caso de protección como marca, estarán disponibles las formas de utilización que no estén comprendidas dentro de esas esferas protegidas.³¹ (Énfasis añadido)

Con base en lo expuesto, a partir de la documentación adjunta por el denunciante y lo obrado en el expediente esta Intendencia considera que podrían existir indicios de una posible conducta de confusión entre los productos comercializados por el accionante y por JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ, toda vez que ambos productos usan una marca con identidad fonética y utilizan la denominación SIDIET. En adición, hay que tomar en cuenta que ambos productos son edulcorantes, independientemente de la clase internacional en la que se encuentran registrados.

En tal sentido, es criterio de esta Intendencia que, en el presente caso existiría indicios respecto de los actos de confusión, al utilizar la denominación SIDIET en sus productos edulcorantes, lo

³¹ Comité de Desarrollo y Propiedad Intelectual, Estudio sobre la apropiación indebida de signos – Resumen, 2019, CDIP/9/INF/5

que podría generar en los consumidores confusión respecto de los productos ofertados por el denunciante.

Sin embargo, conforme los parámetros de cualificación exigidos en el artículo 26 de la LORCPM, esta Autoridad no identifica indicios afectación al interés general o al bienestar de los consumidores dentro del mercado relevante analizado, de conformidad con el análisis económico constante en la presente resolución.

En tal sentido, al tratarse de temas relacionados con propiedad intelectual sin afectación al interés general, la competencia del presente expediente sería del SENADI.

6.4.3.2. Actos de imitación, literal b)

Esta conducta desleal está tipificada en el artículo 27, número 6 de la LORCPM, que establece:

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

b) La imitación de prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando resulte idónea para generar confusión por parte de los consumidores respecto a la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. Las iniciativas empresariales imitadas podrán consistir, entre otras, en el esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros de un anuncio de un tercero.

El Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina, en el ejercicio de su competencia consultiva, ha esgrimido varios criterios acerca de los elementos que configuran esta práctica desleal. Así, en su Interpretación Prejudicial emitida dentro del Proceso No. 218-IP-2018, realizó la distinción entre riesgo de confusión y riesgo de asociación:

a) El **riesgo de confusión**, puede ser directo e indirecto. El primero, riesgo de confusión directo, está caracterizado por la posibilidad de que el consumidor al adquirir un producto o servicio determinado crea que está adquiriendo otro. Y el segundo, riesgo de confusión indirecto, se presenta cuando el consumidor atribuye a dicho producto, en contra de la realidad de los hechos, un origen empresarial diferente al que realmente posee.

b) El **riesgo de asociación**, consiste en la posibilidad de que el consumidor, aunque diferencie las marcas en conflicto y el origen empresarial del producto, al adquirirlo piense que el productor de dicho producto y otra empresa tienen una relación o vinculación económica.

En el presente caso, el denunciante acusó el supuesto cometimiento de actos de imitación de prestaciones o iniciativas empresariales, idónea para crear confusión en el consumidor acerca de la procedencia empresarial del producto. En este sentido, el cargo sería de imitación por confusión indirecta.

Además, el denunciante en relación a la desviación de clientela, señaló que estos sería provocados: *“(d)ebido a la imitación de la marca SIDIET, los denunciados en forma real o incluso potencialmente, podrían lograr que migre a su favor, la clientela de ZAPHIREDELCOR CIA.(...)”*.



En tal sentido, conforme la conducta de imitación, en relación a las prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando son idóneas para generar **confusión** por parte de los consumidores, conforme los elementos analizados, JOMARTH GONZALO VILLACRES DE LA CRUZ al comercializar un producto con la marca SIDIET similar al producto del denunciante, podría existir un riesgo de imitación por confusión por parte de los consumidores de endulzantes.

En este sentido, de manera preliminar y al existir una estrecha relación con los actos de confusión en los términos de los hechos relatados por el denunciante, esta Intendencia considera que, en el presente caso, existirían indicios sobre actos de imitación, conforme el artículo 27 numeral 3 literal b).

No obstante, conforme los parámetros de cualificación exigidos en el artículo 26 de la LORCPM, esta Autoridad no identifican indicios del falseamiento al régimen de competencia y afectación al interés general por parte de los denunciados, de conformidad con las consideraciones de falseamiento que consta en esta resolución.

En tal sentido, al tratarse de temas relacionados con propiedad intelectual sin afectación al interés general, la competencia del presente expediente sería del SENADI.

6.4.4. Consideración sobre el 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.

Al respecto, 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. En tal sentido, esta Intendencia concuerda con el criterio expresado por la máxima autoridad de esta institución, en que 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.**

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 anticompetitiva, ésta deberá ocasionar un efecto real o potencial, en el mercado relevante determinado dentro de la investigación³².

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

³² 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.



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 competencia³³; 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 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.³⁴

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 las conductas investigadas impiden, restringen, falsean o distorsionan 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.

En el caso concreto, conforme el análisis realizado en la presente resolución, el operador económico JOMARTH GONZALO VILLACRES, representaría el 0,09% en el año 2018, así también, de las unidades comercializadas por SIDIET, correspondería aproximadamente el 3%

³³ En concordancia con los artículos 1, 25 y 78, numeral 2, letra c) de la LORCPM.

³⁴ María Elena Jara, *La protección contra la competencia desleal en la LORCPM*, en “Derecho Económico Contemporáneo”, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2017), 225.



del total de las unidades comercializadas por ZAPHIREDELCOR CIA. LTDA. Por otro lado, respecto a los ingresos captados por la venta, representarían menos del 4% del total de ingresos percibidos por el operador denunciante.

En conclusión, la INICPD identifica que JOMARTH GONZALO VILLACRES, en el mercado de edulcorante artificial no calórico y sus potenciales sustitutos, no podría distorsionar la estructura del mercado, en virtud, de que mantendría una participación menor al 1% frente a sus competidores. En tal sentido, por sus características, difícilmente podría falsear el régimen de competencia de conformidad con los artículos 5 y 26 de la LORCPM.

Así mismo, en tanto los posibles efectos de a RPBA S.A., estarían traducidos por la actividad económica de JOMARTH GONZALO VILLACRES, esta Intendencia concluye, que no existiría indicios de que podrían impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

En consecuencia, es criterio que de esta Autoridad que, *a priori*, dada la pequeña cuota de mercado calculado preliminarmente, la estructura del mercado, y por características, los denunciados no tendrían la capacidad suficiente de falsear el régimen de competencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 5 y 26 de la LORCPM.

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

“Art. 31.- Denuncia ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Si presentada una denuncia por la presunta comisión de prácticas desleales ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dicha autoridad determina, durante la etapa preliminar o al concluir la etapa de investigación, **que únicamente se discuten cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares y que tales prácticas no podrían producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores o usuarios, remitirá el expediente a la autoridad competente en materia de propiedad intelectual**, la que avocará conocimiento y resolverá de conformidad con la ley que regule la propiedad intelectual y con el ordenamiento jurídico. (Énfasis añadido)

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

SÉPTIMO.- RESOLUCIÓN:

Por los fundamentos de hecho, de derecho y análisis económico realizado por 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, ordénese el archivo de la investigación en contra de los denunciados por

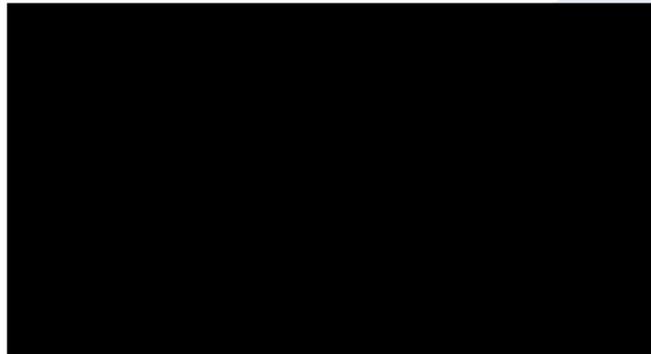


el presunto cometimiento de actos de confusión e imitación de conformidad con los numerales 1, 3 literal b) del artículo 27.

SEGUNDO.- 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 que actúe en el marco de sus competencias y una vez que resuelva lo que en derecho corresponda notifique su resolución a esta dependencia.

TERCERO.- Una vez que el presente acto administrativo haya causado estado, notifíquese la presente resolución a la Intendencia General Técnica y se proceda a la publicación de la presente resolución conforme lo dispuesto en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento.

CUARTO.- Continúe actuando la abogada Nathally Sarmiento V., como Secretaria de Sustanciación dentro del presente expediente.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**



Abg. Pablo Carrasco Torrontegui

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