

EXPEDEINTE No. SCPM-CRPI-0072-2016

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito, 27 de enero de 2017, a las 16h03.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder del Mercado, designó al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Presidente de la Comisión, al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado y al doctor Diego Xavier Jiménez Borja Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes, quienes en uso de sus atribuciones legales disponen agregar al expediente el memorando SCPM-IZ8-5-2017-M, de 03 de enero de 2017, suscrito por el economista Alberto David Segovia Araujo, Intendente Zonal 8 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en lo sucesivo SCPM), remitido a través del sistema SIGDO, constante en una (1) página, al que se adjunta el Informe sobre adopción de medidas preventivas SCPM-IZ8-1-2017, de 03 de enero de 2017, firmado por el economista Alberto David Segovia Araujo, Intendente Zonal 8, constante en catorce (14) páginas. Por corresponder al estado procesal del expediente el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia es competente para resolver la petición de medidas preventivas solicitadas por el operador económicos REFRESCOS SIN GAS S.A. R.E.S.G.A. S.A representada legalmente por la señora Julieta de los Ángeles Sánchez Lino, por mandato legal contenido en los artículos 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y 73 de su Reglamento de Aplicación.

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.- La solicitud de medidas preventivas ha sido tramitada de conformidad con las disposiciones contempladas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento de Aplicación, observando para el efecto las garantías básicas del debido proceso y derecho de defensa, consagradas en el artículo 76 de la Constitución de la República, por lo tanto, no existe vicio, error o nulidad que pueda influir en la decisión del presente expediente, razón por la cual, se declara la validez procesal.

TERCERO.- ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.-

3.1.- El 01 de septiembre del 2016, la señora Julieta de los Ángeles Sánchez Lino representante legal de REFRESCOS SIN GAS S.A. R.E.S.G.A. S.A., (en adelante "RESGASA"), por sus propios derechos denunció a la compañía AGUASPRINGS S.A, representada por la señora Zoila Teresa Ycaza Cervini, por el presunto cometimiento de actos catalogados como infracción en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante "LORCPM").

3.2.- Mediante providencia emitida por el Intendente Zonal 8 el 15 de septiembre de 2016, a las 12h.00 dispuso lo siguiente: *"TERCERO: (...) se dispone al denunciante, compañía RESGASA, que complete y aclare la denuncia antes referida en término de tres (3) días contados a partir de la notificación (...)"*

3.3.- El día 18 de octubre de 2016, DRIGRUSI S.A (en adelante "DRIGRUSI") con R.U.C. No. 0992201703001 a nombre de AQUA SPRINGS presentó explicaciones en relación a la denuncia presentada por REFRESCOS SIN GAS S.A. R.E.S.G.A. S.A.

3.4.- Mediante escrito de fecha 16 de septiembre de 2016, RESGASA, anunció textualmente que: *"(...) No existe al momento registro vigente del "botellón naranja" en el Instituto Ecuatoriano de propiedad Intelectual (IEPI). Existe sin embargo, una resolución del IEPI, de 27 de julio de 2016, que concede el registro del mismo como diseño tridimensional a REFRESCOS SIN GAS S.A. R.E.S.G.A. S.A., resolución que aún no causa estado por haber sido admitida impugnación en su contra. No obstante, el "botellón naranja" se ha vuelto ya característico de nuestra marca, "All Natural", y su mal uso e imitación es causal de sanción de acuerdo al artículo 26 y 27, numerales 1 y 3 literal b de la LORCPM (...)"*

3.5.- Mediante providencia emitida por el Intendente Zonal 8 de esta Institución, el día 23 de septiembre de 2016 a las 12H22 resolvió entre otras cosas lo siguiente: *"TERCERO: (...) terminar la fase de barrido e iniciar la fase de investigación preliminar dentro de presente proceso (...)"*.

3.6.- Con fecha 03 de enero de 2017, el economista Alberto David Segovia Araujo, Intendente Zonal 8, remite a la CRPI, el memorando SCPM-IZ8-5-2017-M el cual contiene el Informe No. SCPM-IZ8-1-2017 de 03 de enero de 2017, referente: "Informe de solicitud y sugerencia de adopción de medidas preventivas"

3.7.- Mediante providencia de fecha 08 de diciembre de 2016 a las 10h12. la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en lo sucesivo CRPI), avocó conocimiento del Informe No.SCPM-IZ8-1-2017 de 03 de enero de 2017, en cuya parte pertinente manifiesta: *"(..) 2) AVOCAR conocimiento de la solicitud de medidas preventivas solicitadas por la por la señora Julieta de los Ángeles Sánchez Lino, en su calidad de Gerente General por tanto Representante Legal del operador económico REFRESCOS SIN GAS S.A. R.E.S.G.A.S.A., en contra del señor NORBERTO FRANKLIN MOSQUERA CHÁVEZ, en calidad de Gerente General y por tanto Representante Legal del operador económico DRIGRUSI S.A. (...), se solicita a la Intendencia Zonal 8 (Guayaquil), que en el término de quince (15) días remita a esta Comisión un informe motivado sobre la necesidad de la adopción de las medidas preventivas solicitada por la señora Julieta de los Ángeles Sánchez Lino, (...)"*.

CUARTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO.-

4.1.- La señora Julieta de los Ángeles Sánchez Lino, representante legal de RESGASA, el 01 de septiembre del 2016, por sus propios derechos denunció a la compañía AGUASPRINGS S.A, representada por la señora Zoila Teresa Ycaza Cervini, el 18 de octubre de 2016 comparece DRIGRUSI S.A. a través de su Gerente y representante Legal, NORBERTO FRANKLIN MOSQUERA CHÁVEZ, señalando que es el quien ejerce su actividad mediante la denominación “Aqua Sprins” como parte denunciada, por el presunto cometimiento de actos catalogados en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante "LORCPM") como infracciones, la conducta denunciada refiere: *"(...) La empresa denunciante envasa, distribuye y comercializa agua embotellada para el consumo humano con la marca "All Natural". La denunciada embotellada, distribuye y comercializa agua embotellada para el consumo humano con la marca "Aqua Springs" (...) Desde Junio del presente año se tiene noticia de que la denunciada ha adquirido de los consumidores varios "botellones naranja" vacíos para envasar y luego distribuir ellos agua de marca "Aqua Springs ". En dichas fecha se pudo verificar y fotografiar (ANEXO 5) "botellones naranja" con etiquetas sobrepuestas de la marca "Aqua Springs" así como camiones de la denunciada transportando y comercializando dichos botellones. Dicha conducta resulta idónea para confundir al consumidor y constituye una imitación de la estrategia comercial y el envase del producto "All Natural". Idoneidad que es agudizada por la existencia de un alto relieve con la leyenda "R.E.S.G.ASA" en todos los botellones naranja. En los botellones ilegítimamente utilizados por la denunciada dicha leyenda, imposible de remover. Se encuentra junto a las etiquetas sobrepuestas. Esto produce confusión adicional sobre la procedencia del producto al consumidor. Pese a la insistencia de la denunciante, la denunciada hasta la fecha se rehúsa a suspender su conducta (...)"*.

4.2.- “(...) RESGASA enunció textualmente que: *"(...) No existe al momento registro vigente del "botellón naranja" en el Instituto Ecuatoriano de propiedad Intelectual (IEPI). Existe sin embargo, una resolución del IEPI, de 27 de julio de 2016, que concede el registro del mismo como diseño tridimensional a REFRESCOS SIN GAS S.A. (...)"*

4.3.- El 28 de octubre de 2016 a las 10H00 se recibió la declaración de los delegados debidamente autorizados del operador económico DRIGRUSI S.A en conjunto con los servidores públicos de la Intendencia Zonal 8; y al finalizar se suscribió el acta pertinente como constancia de la realización de la mencionada diligencia.

4.4.- El mismo 28 de octubre de 2016, a las 11h00, se recibió la declaración de los delegados debidamente autorizados del operador económico RESGASA, en conjunto con los servidores públicos de la Intendencia Zonal 8; y al finalizar se suscribió el Acta pertinente como constancia de la realización de la mencionada diligencia.

4.5.- Mediante escrito presentado el 08 de noviembre de 2016, REFRESCOS SIN GAS S.A. R.E.S.G.A. SA., remitió un ejemplar del producto "botellón naranja" RESGASA de agua de 20 litros embotellado por el denunciado DRIGRUSI S.A y con etiquetas de la marca "Aqua Springs" en el cual se evidencia en alto relieve la marca R.E.S.G.A.SA en su costado.

4.6.- Mediante escrito de fecha 24 de noviembre de 2016 REFRESCOS SIN GAS S.A. R.E.S.G.A.SA adjuntó tres fotografías adicionales del "botellón naranja" con etiquetas sobreimpuestas de la marca "Aqua Springs" con el objetivo de que sean ingresadas como prueba en el presente expediente de investigación.

4.7.- Mediante escrito de fecha 25 de noviembre de 2016 a las 16h04, REFRESCOS SIN GAS S.A. R.E.S.G.A. S.A. adjuntó siete fotografías adicionales del "botellón naranja" con etiquetas sobreimpuestas de la marca "Aqua Springs" con el objetivo de que sean ingresadas como prueba en el presente expediente de investigación.

4.8.- Con fecha 08 de diciembre de 2016 a las 10h12, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, avoca conocimiento de la solicitud de medidas preventivas, solicitadas por la señora Julieta de los Ángeles Sánchez Lino, en su calidad de Gerente General por tanto Representante Legal del operador económico REFRESCOS SIN GAS S.A. R.E.S.G.A.S.A., en contra del señor NORBERTO FRANKLIN MOSQUERA CHÁVEZ, en calidad de Gerente General y por tanto Representante Legal del operador económico DRIGRUSI S.A. signa al procedimiento con el número de trámite SCPM-CRPI-0072-2016 y solicita a la Intendencia Zonal 8 (Guayaquil), que en el término de quince (15) días remita a esta Comisión un informe motivado sobre la necesidad de la adopción de las medidas preventivas solicitada por la señora Julieta de los Ángeles Sánchez Lino, en su calidad de Gerente General y por tanto Representante Legal del operador económico RESGASA.

4.9.- Con fecha 03 de enero de 2017, el economista Alberto David Segovia Araujo, Intendente Zonal 8, remite a la CRPI, el memorando SCPM-IZ8-5-2017-M el cual contiene el Informe sobre adopción de medidas preventivas SCPM-IZ8-1-2017, de 03 de enero de 2017 referente: "*Informe de solicitud y sugerencia de adopción de medidas preventivas*"

QUINTO.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

5.1.- Constitución de la República del Ecuador.-

Artículo 213 determina que una superintendencia "[...] es un organismo técnico 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 [...]".

Artículo 335 prevé el intercambio y transacciones económicas “[...] El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privado, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal [...]”.

Artículo 336 consagra: “[...] el Estado impulsará y velará por un comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad, asegurando la transparencia y eficiencia en los mercados en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley [...]”.

Artículo 87 se refiere a las medidas cautelares.- “[...] Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de un derecho [...]”.

5.2.- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.-

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

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

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

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. (...) 2.- Actos de engaño.- Se considera desleal toda conducta que

tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial. (...) 4.- Actos de denigración.- Se considera desleal la realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. (...) 5.- Actos de comparación.- Se considera desleal la comparación de la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, inclusive en publicidad comparativa, cuando dicha comparación se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables...”.

Artículo 62.- “[...] El órgano de sustanciación y resolución de la Superintendencia de Control del Poder Mercado, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación, podrá, a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar medidas preventivas, tales como la orden de cese de la conducta, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, la adopción de comportamientos positivos, y aquellas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Las medidas preventivas no podrán consistir en la privación de la libertad, la prohibición de salida del país o el arraigo. Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar.

En igual sentido, podrá disponer, a sugerencia del órgano de investigación o a pedido de parte, la suspensión, modificación o revocación de las medidas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de emitir la resolución.

Cuando la medida preventiva se adopte antes del inicio del procedimiento de investigación, dicha medida caducará si no se inicia el referido procedimiento en un plazo de 15 días contados a partir de la fecha de su notificación.

En caso de desacato, podrá ordenar la clausura de los establecimientos en los que se lleve a cabo la actividad objeto de la investigación hasta por noventa días [...]”.

5.3.- Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.-

Art. 73.- Clases de medidas preventivas “[...] Según lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley el órgano de sustanciación y resolución podrá establecer, entre otras, las siguientes medidas preventivas tendientes a evitar una grave lesión que afecte la libre concurrencia de los operadores:

a) *Ordenes de cese inmediato de la conducta en que se podrá incluir el apercibimiento de sanción de conformidad con la Ley.*

b) *La imposición de condiciones.*

c) *La suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida.*

d) *La adopción de comportamientos positivos.*

e) *Las demás que considere pertinentes para preservar las condiciones de competencia afectadas para evitar el daño que pudieren causar las conductas investigadas o asegurar la eficacia de la resolución definitiva.*

No se podrán dictar medidas preventivas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales.

En ningún caso la propuesta, adopción, suspensión, modificación o revocación de medidas preventivas suspenderá la tramitación del procedimiento [...]”.

Art.74.- Adopción de medidas preventivas.- “[...] El órgano de sustanciación y resolución, durante cualquier etapa del procedimiento podrá, a sugerencia del órgano de investigación o a solicitud del denunciante, dictar la adopción de medidas preventivas por el plazo que estimare conveniente.

Si las medidas preventivas hubieran sido solicitadas por el denunciado, el órgano de sustanciación y resolución enviará una consulta sobre su procedencia al órgano de investigación, quien deberá emitir su informe en el término de quince (15) días desde que la consulta fuera recibida.

El órgano de sustanciación y resolución emitirá su resolución debidamente motivada en el término de diez (10) días contados a partir de la fecha en que se hubiere recibido el informe del órgano de investigación.

La falta de pronunciamiento del órgano de sustanciación y resolución dentro del plazo establecido en el inciso anterior, no podrá ser entendida como aceptación tácita de la petición de las medidas cautelares.

Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar [...]”

Art. 75.- Caducidad de medidas preventivas.- “[...] De conformidad con la Ley, cuando las medidas preventivas se adopten antes de iniciarse la etapa de investigación, dichas medidas caducarán si no se inicia el procedimiento de investigación en el término de quince (15) días desde su notificación [...]”.

Art. 76.- Suspensión, modificación y revocatoria de las medidas preventivas.- “[...] De conformidad con la ley, el órgano de sustanciación y resolución, a sugerencia del órgano de investigación o a petición fundamentada de los interesados, y previo informe de dicho órgano, podrá ordenar en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, la suspensión, modificación o revocatoria de las medidas preventivas debido a circunstancias sobrevinientes o desconocidas al tiempo de su adopción [...]”.

Art. 77.- Informe de suspensión, modificación y revocatoria de las medidas preventivas.- “[...] Si es el denunciante o denunciantes quienes solicitan fundamentadamente la suspensión, modificación o revocatoria de medidas cautelares ya adoptadas, el órgano de sustanciación y resolución enviará una consulta al órgano de investigación sobre su procedencia, quien deberá emitir su informe en el término de treinta (30) días desde recibida la consulta.

Si es el órgano de investigación quien sugiere la suspensión, modificación o revocación de las medidas preventivas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de emitir la resolución, deberá presentar informe motivado que justifique su solicitud [...]”.

Art. 78.- Cese de medidas preventivas.- “[...] Las medidas preventivas cesarán en el plazo que establezca el órgano que lo disponga o cuando se adopte la resolución que ponga fin al procedimiento [...]”.

5.4.- Según el penúltimo inciso del artículo 73 del Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, “(...) no se podrán dictar medidas preventivas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales (...)”

SEXTO.- ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS SOLICITADAS.-

6.1.- El jurista en materia de competencia Patricio Secaira Durango, sostiene: “[...] De modo general, las medidas cautelares pueden entenderse como un conjunto de acciones anticipadas, que puede disponer el juez, para garantizar la potencialidad de la ejecución de una sentencia estimatoria, que pueda expedirse en favor de quien ha planteado un proceso

principal, reclamando a otro los daños ocasionados o que se puedan ocasionar. Estas medidas tienen como fundamento de su existencia, la garantía jurisdiccional procesal, de anticipar ciertas decisiones provisionales que permiten evitar, suspender o prohibir ciertos actos que pueden poner en riesgo el cumplimiento de la decisión final que se expida en un juicio principal [...]” Y más adelante refiere: “[...] *La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado tiene igualmente, disposiciones relacionadas con medidas cautelares que pueden adoptarse en las controversias que se suscitan por cuestiones referentes a los aspectos que regula ese ordenamiento jurídico [...]*” Y añade: “[...] *El artículo 62, establece varias medidas preventivas que puede adoptar la administración, antes o en cualquier estado del procedimiento medidas como: (i) cese de la conducta, (ii) imposición de condiciones, (iii) suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, (iv) adopción de comportamientos positivos; y otros que estime pertinentes para preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar los potenciales daños que puedan producirse y para asegurar la eficacia de la resolución definitiva [...]*”.¹

6.2.- Los tratadistas Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, expresan que:

“[...] las medidas cautelares sirven como una garantía que impiden la generación de un daño y al mismo tiempo satisface la obtención de una providencia definitiva que cumple con características de consideración y ponderación necesarias para contar con una respuesta justa y efectiva en la garantía de los derechos constitucionales [...] En cuanto al principio de eficacia de la decisión sustentan: “[...] una de las razones por las que se plantea la necesidad de que existan medidas cautelares, es la de evitar que la decisión definitiva resulte ineficaz, debido a que la demora en la expedición de esta, pueda producir la consumación del daño irreparable, haciendo necesaria la adopción de medidas previas [...]” Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Tomo 2, Centro de estudios y Difusión del Derecho, Quito-Ecuador 2012, Página 89.

6.3.- *“[...] En la doctrina se le considera "principio de prueba", como justificación, para evitar una predeterminación del Juez desde el inicio. Esta justificación presentada y contrastada, con el resto de la prueba a practicar, necesita una valoración por el Juez.*

Este principio de prueba, se encuentra muy desarrollado, cuando se regula las medidas cautelares, en el ámbito procesal civil, con el fin de asegurar la sentencia que se dicte en su momento.

Esta apariencia de buen derecho "no puede confundirse con la razón última que permita sancionarlo, ya que la medida cautelar no ha de requerir un estudio minucioso y detallado

¹ Derecho Administrativo y Corrección Económica. Memorias Seminario Internacional, Corte Nacional de Justicia, Primera Edición, Quito D.M- Ecuador 2015, Páginas 212 y 216.

de todos y cada uno de los elementos exigibles para decidir en último término acerca de la pretensión de la demanda, a menos de correr el riesgo de prejuzgar o anticipar el fallo...".

El solicitante debe proporcionar al órgano jurisdiccional elementos bastantes de los que resulte, al menos prima facie, la "verosímil existencia del derecho alegado", sin perjuicio de relegar al proceso principal la demostración cumplida de su realidad. Para cohonestar la exigencia de celeridad -y consecuente eficacia- con evitación de potenciales abusos, se requiere algo más que la mera alegación del derecho, suficiente, en cambio, para iniciar el proceso de declaración; y algo menos que la certeza rigurosa, necesaria, empero, para la sentencia definitiva.

La necesidad de "una justificación de que se ostenta una apariencia de derecho, un "fumus boni iuris", que permita dar crédito inicialmente a la pretensión de aseguramiento...".

Los presupuestos existentes en sede cautelar, se construye a partir de lo que es objeto de la prueba en sede cautelar [...]"²

6.4.- Apariencia de buen derecho.-

6.4.1.- *"[...] En la doctrina se le considera "principio de prueba", como justificación, para evitar una predeterminación del Juez desde el inicio. Esta justificación presentada y contrastada, con el resto de la prueba a practicar, necesita una valoración por el Juez. Este principio de prueba, se encuentra muy desarrollado, cuando se regula las medidas cautelares, en el ámbito procesal civil, con el fin de asegurar la sentencia que se dicte en su momento.*

Esta apariencia de buen derecho "no puede confundirse con la razón última que permita sancionarlo, ya que la medida cautelar no ha de requerir un estudio minucioso y detallado de todos y cada uno de los elementos exigibles para decidir en último término acerca de la pretensión de la demanda, a menos de correr el riesgo de prejuzgar o anticipar el fallo...".

El solicitante debe proporcionar al órgano jurisdiccional elementos bastantes de los que resulte, al menos prima facie, la "verosímil existencia del derecho alegado", sin perjuicio de relegar al proceso principal la demostración cumplida de su realidad. Para cohonestar la exigencia de celeridad -y consecuente eficacia- con evitación de potenciales abusos, se requiere algo más que la mera alegación del derecho, suficiente, en cambio, para iniciar el proceso de declaración; y algo menos que la certeza rigurosa, necesaria, empero, para la sentencia definitiva.

2

http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUUNDUwtjtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAn6ZPwzUAAAA=WKE

La necesidad de "una justificación de que se ostenta una apariencia de derecho, un "fumus boni iuris", que permita dar crédito inicialmente a la pretensión de aseguramiento...". Los presupuestos existentes en sede cautelar, se construye a partir de lo que es objeto de la prueba en sede cautelar [...]".<http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>

6.4.2.- El Peligro por la mora procesal, “[...] *El periculum in mora es el peligro de un daño jurídico urgente y marginal derivado del retraso de la resolución definitiva. En la imposibilidad práctica de acelerar el pronunciamiento de la resolución definitiva, en la "mora" en que se incurre en su pronunciamiento, encuentra justificación la medida cautelar, con la que se busca neutralizar los daños producibles anticipando provisionalmente los efectos de la resolución definitiva; tal "mora", indispensable para el cumplimiento del "iter" ordinario procesal puede hacerse prácticamente inútil la decisión judicial que de este modo llegará demasiado tarde. [...] Algunos, lo llaman peligro de fuga, otros, como es el caso de los autores del anterior concepto, lo consideran peligro de la mora; en todo caso, se trata de una precaución, para evitar la frustración de la justicia penal. [...]"*. Tomado de: <https://es.scribd.com/doc/42835261/Periculum-in-Mora>

6.4.3.- En la ilustrada cita de los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, enseñan que: “[...] *En la sentencia Fac-tortame I de 1990 (donde eran parte, por cierto, pescadores españoles) declaró que un juez nacional podía y debía suspender cautelarmente la aplicación de una Ley cuando esta infringe el Derecho Comunitario, lo que, por cierto, ha causado una verdadera revolución constitucional en Inglaterra, y ello sobre la base del fumus boni iuris o apariencia de buen derecho y del periculum in mora, o peligro de perjuicio serio si la medida se retrasa [...]"*. Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Civitas Ediciones, Octava Edición, Madrid 2002, Página 640.

6.5.- La institución jurídica de medidas preventivas desarrollada en los artículos 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y 73 y siguientes de su Reglamento de Aplicación, son de naturaleza jurídica cautelar que pueden ser adoptadas dentro de un procedimiento de investigación en curso, cuando se cumplan los requisitos exigidos por la norma legal y reglamentaria antes citadas.

6.6.- Desde el punto de vista legal y reglamentario, el objeto de las medidas preventivas es preservar las condiciones de la competencia y evitar una grave lesión o daño presunto que pudieran causar las conductas investigadas, que afecte a la libre concurrencia de los operadores económicos, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, lo cual se advierte en el caso sub iudice.

6.7.- En la especie, conforme a lo manifestado y en observancia de los artículos 62 de la LORCPM y 74 de su Reglamento de Aplicación, las medidas preventivas pueden ser adoptadas antes o en cualquier estado del proceso de investigación, dada su naturaleza jurídica cautelar. En el presente caso constata que la señora Julieta de los Ángeles Sánchez

Lino, representante legal del operador económico RESGASA, solicita medidas preventivas en contra del operador económico AGUASPRINGS S.A., por mandato legal contenido en los artículos 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y 73 de su Reglamento de Aplicación, avocando conocimiento de la solicitud de la adopción de medidas preventivas, en la que la señora Julieta de los Ángeles Sánchez Lino representante legal de REGASA, solicita el cese inmediato de la conducta denunciada, es decir, el envase, distribución y comercialización de agua contenida en botellones de color naranja que poseen la leyenda "R.E.S.G.ASA" en un alto relieve.

SEPTIMO.- NECESIDAD DE ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS SOLICITADAS POR EL ORGANO DE INVESTIGACIÓN.-

7.1.- En el análisis de las pruebas presentadas en Informe No. SCPM-IZ8-DNIAPR-1-2017 de 03 de enero del 2017, se evidencia lo siguiente:

7.1.2.- Que el "(...) 28 de octubre de 2016 a las 11h00, se recibió la declaración de los delegados debidamente autorizados del operador económico DRIGRUSI S.A en conjunto con los servidores públicos de la Intendencia Zonal 8; y al finalizar se suscribió el Acta pertinente como constancia de la realización de la mencionada diligencia."

7.1.3.- Que el (...) mismo 28 de octubre de 2016, a las 11h00, se recibió la declaración de los delegados debidamente autorizados del operador económico RESGASA, en conjunto con los servidores públicos de la Intendencia Zonal 8 de esta Institución; y al finalizar se suscribió el Acta pertinente como constancia de la realización de la mencionada diligencia."

7.1.4.- "(...) el 08 de noviembre de 2016, REFRESCOS SIN GAS S.A. R.E.S.G.A. SA remitió un ejemplar del producto "botellón naranja" RESGASA de agua de 20 litros embotellado por el denunciado DRIGRUSI S.A y con etiquetas de la marca "Aqua Springs" en el cual se evidencia en alto relieve la marca R.E.S.G.A.SA en su costado."

7.1.5.- "(...) REFRESCOS SIN GAS S.A. R.E.S.G.A.SA adjuntó tres fotografías adicionales del "botellón naranja" con etiquetas sobreimpuestas de la marca "Aqua Springs" con el objetivo de que sean ingresadas como prueba en el presente expediente de investigación.

7.1.6.- "(...) REFRESCOS SIN GAS S.A. R.E.S.G.A. S.A. adjuntó siete fotografías adicionales del "botellón naranja" con etiquetas sobreimpuestas de la marca "Aqua Springs" con el objetivo de que sean ingresadas como prueba en el presente expediente de investigación."

7.1.7.- Mediante escrito con fecha 14 de octubre de 2016, el Sr. Norberto Franklin Mosquera Chávez, Gerente General y Representante Legal de la compañía DRIGRUSI S.A., en atención al oficio No. SCPM-IZS-1573-2016, de fecha 4 de octubre del

presente año, realiza las siguientes puntualizaciones: a) *La compañía DRIGRUSI, realiza su actividad comercial a través de la denominación "Aqua Springs", por lo cual el representante legal de la compañía en mención textualmente aduce lo siguiente: "...Rechazo la de11uncia dirigida contra la misma y expongo a continuación la naturaleza de nuestras buenas prácticas comerciales efectuadas en pos de la normativa que rige nuestro derecho de competencia ...".* b) *"Con respecto a la utilización de los botellones de color naranja comercializados por la empresa denunciante, el representante legal de la compañía en mención textualmente señala lo siguiente: "... "Aqua Springs" no busca adquirir botellones naranja de consumidores para valerse de un diseño que es cuestionablemente distintivo y que mantiene vigente una apelación en contra de su registro por otro participante del mercado de agua. Estos productos llegan a nuestros distribuidores por el giro natural del negocio, donde independientemente del envase, llegan distintos tipos de botellones con el fin de llenarse de producto y movilizarse rápidamente, dinamizando de esta forma las operaciones. La utilización del mismo se da porque eventualmente llega a nuestras manos, no porque se busca aumentar ventas o limitar el producto, esta simplemente rota en el mercado desde que fue introducido por el denunciante..."...Cabe señalar que la aparición de estos botellones en nuestros exhibidores fue inesperada, e inclusive ralentizó nuestras operaciones por cuanto fue imposible llenarlo con producto y utilizarlo eficientemente en su momento. Y es que los botellones han sido introducidos al mercado con el fin de levantar barreras comerciales y dificultar la competencia en el sector correspondiente ..."* c) *"En relación a la posible confusión que podría ocasionar al cliente, el representante legal de la compañía en mención textualmente detalla lo siguiente: "...Además no existe afectación significativa en el comportamiento económico de los consumidores debido a que el público puede fácilmente adquirir estos productos con la convicción o creencia de que se trata de una u otra empresa. La acusación falla al suponer que el botellón, y no la marca, es lo que atrae al público..."*

7.2.- En el análisis del Informe No. SCPM-IZ8-DNIAPR-1-2017 de 03 de enero del 2017, se señala lo siguiente: *"El Artículo 345 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación señala que: "Materia protegible.- Se considerará como diseño industrial la apariencia particular de un producto que resulte de cualquier reunión de líneas o combinación de colores, o de cualquier forma externa bidimensional o tridimensional, línea, contorno, configuración, textura o material, sin que cambie el destino o finalidad de dicho producto", lo cual se encuentra relacionado a lo estipulado en el Artículo 351 ibídem que establece que: "Del procedimiento de registro.- La solicitud para obtener un diseño industrial se presentara ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales de acuerdo al contenido, requisitos y demás normas que disponga el reglamento. De igual forma, se establecerá en el reglamento de este Código los requisitos, plazos y procedimientos, para, entre otros, el examen de la solicitud, su publicación, la presentación de oposiciones y la concesión o denegación de la solicitud en el reglamento de este Código los subrayado es propio); y en la Disposición General Tercera de la misma norma legal que señala que: "El Instituto*

Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, así como toda la institucionalidad creada mediante la Ley de Propiedad Intelectual, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 426 de 28 de diciembre de 2006, existirá hasta que se establezca mediante el correspondiente Decreto Ejecutivo, la nueva autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, encargada de la regulación, gestión y control de los derechos intelectuales y de los conocimientos tradicionales, perteneciente a la Función Ejecutiva y adscrita la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, en un plazo que no podrá exceder de 90 días contados desde la vigencia del presente Código" (lo subrayado es propio)."

7.3.- (...) en el Expediente No. SCPM-IIPD-0046-2016, no se puede evidenciar que RESGASA sea propietaria de un derecho de propiedad industrial referente al "DISEÑO TRIDIMENSIONAL DEL BOTELLÓN CON PICO DE ROSCA RESGASA", en virtud de que la resolución administrativa emitida por el INSTITUTO ECUATORIANO DE PROPIEDAD INTELECTUAL que otorga este registro, fue impugnada ante la mencionada institución, razón por la cual, difícilmente se podría emitir una medida preventiva en la cual se disponga a DRIGRUSI que cese de envasar, distribuir y comercializar el agua contenida en botellones de color naranja, considerando que en la actualidad el envase mencionado aún no posee una protección legal."

7.4.- En Informe concluye: "Actualmente, RESGASA no es propietaria o titular de un derecho de propiedad industrial referente al "DISEÑO TRIDIMENSIONAL DEL BOTELLÓN CON PICO DE ROSCA RESGASA", en virtud de que la resolución administrativa emitida por el INSTITUTO ECUATORIANO DE PROPIEDAD INTELECTUAL que otorga este registro, fue impugnada ante la mencionada institución."

7.5.- La Intendencia Zonal 8 en sus recomendaciones manifiesta: "Acoger el presente informe, y remitir el mismo a la Comisión de Resolución de Primera Instancia de esta Institución. No aceptar la solicitud del operador económico RESGASA de adoptar de (sic) Medidas Preventivas por el monlento, sin perjuicio de que en el transcurso del presente proceso se encontrare los elementos necesarios, que permitan la adopción de este tipo de medidas."

OCTAVO.- RESOLUCIÓN.- En mérito de las consideraciones y los fundamentos de orden técnico y jurídico que anteceden, la Comisión de Resolución de Primera Instancia.

RESUELVE

1. **Acoger** las recomendaciones constantes en el Informe No. SCPM-IZ8-1-2017 de 03 de enero de 2017, remitido mediante memorando SCPM-IZ8-5-2017-M, de 03 de enero de

2017, suscrito por el economista Alberto David Segovia Araujo, Intendente Zonal 8 (Guayaquil).

2. Negar la petición de adopción de medidas preventivas solicitadas por señora Julieta de los Ángeles Sánchez Lino representante legal de REFRESCOS SIN GAS S.A. R.E.S.G.A. S.A., sin perjuicio que en el transcurso del proceso se puede encontrar elementos necesarios que permita la adopción de medidas, en contra del operador económico DRIGRUSI S.A. representada legalmente por el señor NORBERTO FRANKLIN MOSQUERA CHÁVEZ, en calidad de Gerente General, por cuanto el operador económico REFRESCOS SIN GAS S.A. R.E.S.G.A. S.A, toda vez que no es propietario o titular de un derecho de propiedad industrial referente al "DISEÑO TRIDIMENSIONAL DEL BOTELLÓN CON PICO DE ROSCA RESGASA".
3. Notificar con la presente decisión a la denunciante señora Julieta de los Ángeles Sánchez Lino, representante a REFRESCOS SIN GAS S.A. R.E.S.G.A. S.A, y a la Intendencia Zonal 8 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
4. Actúe en calidad de Secretario **AD-HOC** de la Comisión de Resolución de Primera Instancia el abogado Christian Torres Tierra. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
PRESIDENTE CRPI

Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO

Dr. Diego X. Jiménez Borja
COMISIONADO