

SCPM-CRPI-055-2016

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito, 01 de noviembre de 2016, a las 15h40.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Presidente de la Comisión, al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado y al doctor Diego Jiménez Borja, Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes, quienes en uso de sus atribuciones legales ordenan agregar al expediente el Informe SCPM-IIPD-10 de 2016 de 20 de octubre de 2016, suscrito por el abogado Marlon Vinueza Armijos, recibido en esta Comisión el 26 de octubre de 2016. Por corresponder al estado procesal del presente procedimiento administrativo el de resolver sobre la petición de adopción de medidas preventivas solicitadas por el denunciante el Dr. Hernán Ponce Aray, en su calidad de Apoderado Especial de The Scotch Whisky Association, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia es competente para resolver la petición de adopción de medidas preventivas solicitadas por el denunciante Dr. Hernán Ponce Aray, en su calidad de Apoderado Especial de **THE SCOTCH WHISKY ASSOCIATION**, en contra del operador económico “**LICORERA ECUATORIANA LIVERZAM CIA LTDA**”, 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 DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.- 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 trámite, razón por la cual, se declara la validez procesal.

TERCERO.- ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.-

3.1.- Por denuncia presentada por el Dr. Hernán Ponce Aray, en su calidad de Apoderado Especial de **THE SCOTCH WHISKY ASSOCIATION**, puso en conocimiento de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales lo siguiente que: “[...] *Licorera Ecuatoriana Liverzam Cía. Ltda., ha violado las disposiciones contenidas en los literales 1,2,3,6 y 9 del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, es decir por haber incurrido en actos desleales confusión, engaño, imitación, explotación de reputación ajena y violación de normas técnicas que le confieren una ventaja competitiva significativa. Esto quiere decir que debido al incumplimiento de las normas técnicas NTE INEN 1933, 338 y 365 y la errónea utilización de la reseña “Scotch Whisky”, Licorera*

Ecuatoriana Liverzam Cía. Ltda., ha podido prevalecer en el mercado ecuatoriana (sic) [...]”. “[...] Confundiendo a los consumidores sobre el producto RIVER HOUSE, toda vez que de acuerdo a los análisis de laboratorios efectuado por Laboratorio LASA y The Scotch Whisky Research Institute el producto mencionado no es ni siquiera Whisky [...]”.

3.2.- Mediante providencia de 29 de septiembre de 2016, a las 10h20, esta Comisión avocó conocimiento de la solicitud de medidas preventivas solicitadas por el Dr. Hernán Ponce Aray, en su calidad de Apoderado Especial de The Scotch Whisky Association, al expresar lo siguiente: “[...] *The Scotch Whisky Association (en adelante “SWA”) tomó conocimiento que la compañía Licorera Ecuatoriana Liverzam C. Ltda. (en adelante “Liverzam”) ha comercializado el producto denominado “River House Blended Scotch Whisky”, el mismo que, tal como como se demostrará a continuación, no constituye un Whisky Escocés (o Scotch Whisky). Por lo cual, el producto antes mencionado contraviene lo establecido en el artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado, específicamente lo dispuesto en los numerales 1, 2, 3, 6 y 9 [...]”* Y concluye [...] prácticas que no sólo afectan a los productores de Whisky Escocés sino también a 1) los importadores nacionales, quienes gracias a la alta carga impositiva que se han visto obligados a subir los precios del Scotch Whisky, perdiendo de esta manera competitividad; 2) Los consumidores, quienes han sido víctimas del engaño realizado por Liverzam C. Ltda. al pensar que el producto River House constituye whisky escocés, cuando en realidad no es ni whisky ni escocés; y 3) al mercado de Whisky Escocés puesto que el mismo se rige por estándares mínimos de calidad que no son cumplidos por Licorera Ecuatoriana Liverzam C. Ltda. y sin embargo esta compañía se beneficia de manera parasítica de esa reputación [...]”. Esta Comisión en la providencia citada en líneas precedentes dispuso lo siguiente: “[...] **3) Signar al procedimiento con el número de trámite SCPM-CRPI-0055-2016. 4) Con sujeción a lo que disponen los artículos 62 de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado y 74 de su Reglamento de Aplicación, se solicita a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales de la SCPM, que en el término de quince (15) días remita a esta Comisión un informe motivado [...]”.**

3.3.- El 26 de octubre de 2016, el abogado Marlon Vinueza Armijos, remite a esta Comisión el Informe SCPM-IIPD-10-2016 de fecha 20 de octubre de 2016, respecto a la adopción de medidas preventivas solicitadas por el denunciante el Dr. Hernán Ponce Aray, en su calidad de Apoderado Especial de The Scotch Whisky Association.

3.4.- En el Informe antes citado se indica que: “[...] *La Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales (DNIPD), en ejercicio de las atribuciones establecidas en la LORCPM y demás normativa aplicable, emitió el informe de la fase de investigación preliminar el 16 de septiembre del 2016, el cual en la parte de conclusiones y recomendaciones señala que de la documentación recopilada existen indicios que deben ser investigados a profundidad y realizar especialmente el análisis físico y químico del producto*

denominado “THE RIVER HOUSE BLENDED SCOTCH WHISKY”, a fin de comprobar posibles violación de norma [...]”. Y agrega “[...] Se remitió al Laboratorio del INEN el producto denominado “THE RIVER HOUSE BLENDED SCOTCH WHISKY”, obtenido mediante la Inspección realizada a las instalaciones de LIVERZAM como en el Supermaxi, a fin de que realice el análisis físico y químico para comprobar si cumple con la Norma NTE INEN 356. Esta intendencia está en espera en los próximos días de los resultados [...]”

CUARTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO.-

4.1.- Mediante memorando SCPM-IIPD-210-2016-M de 21 de septiembre de 2016, suscrito por el abogado Marlon Vinuesa Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, al que se adjunta el escrito de denuncia presentado por el Dr. Hernán Ponce Aray, en su calidad de Apoderado Especial de The Scotch Whisky Association, recibido en la Secretaría General de la SCPM, el 26 de julio de 2016, a las 11h18, llegó a conocimiento de esta Comisión la petición de medidas preventivas solicitadas por el Dr. Hernán Ponce Aray, en su calidad de Apoderado Especial de The Scotch Whisky Association, en contra del operador económico Licorera Ecuatoriana Liverzam Cía. Ltda por haber “[...] , ha violado las disposiciones contenidas en los literales 1,2,3,6 y 9 del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, es decir por haber incurrido en actos desleales confusión, engaño, imitación, explotación de reputación ajena y violación de normas técnicas que le confieren una ventaja competitiva significativa. Esto quiere decir que debido al incumplimiento de las normas técnicas NTE INEN 1933, 338 y 365 y la errónea utilización de la reseña “Scotch Whisky”, Licorera Ecuatoriana Liverzam Cía. Ltda., ha podido prevalecer en el mercado ecuatoriana (sic) [...]”. “[...] Confundiendo a los consumidores sobre el producto RIVER HOUSE, toda vez que de acuerdo a los análisis de laboratorios efectuado por Laboratorio LASA y The Scotch Whisky Research Institute el producto mencionado no es ni siquiera Whisky [...]”.

4.2.- En el análisis del Informe SCPM-IIPD-10-2016 de fecha 20 de octubre de 2016, se señala lo siguiente: “[...] De la revisión, del expediente principal, se evidencia que LICORERA ECUATORIANA LIVERZAM CIA. LTDA., no ha realizado desde hace más de 2 años la importación de la Malta Escocesa, que es el ingrediente principal para la elaboración de su producto denominado RIVER HOUSE BLENDED SCOTCH WHISKY, en ese sentido, surge la duda sobre la naturaleza sobre el origen que se invoca en la etiqueta [...]”

4.3.- El Informe antes invocado añade: “[...] razón por la cual se hace necesario sugerir la adopción de medidas preventivas para que cese la comercialización del producto bajo la denominación RIVER HOUSE BLENDED SCOTCH WHISKY, hasta que se compruebe si cumple o no con las normas NTE INEN 365, 1933 y 338, verificación que ha sido solicitada a los siguientes órganos INEN y ARCSA [...]”

4.4.- En el Informe de la referencia se indica: “[...] Se puede apreciar que dentro de este mercado el operador económico predominante es ALMACENES JUAN ELJURI CIA. LTDA, puesto que sus ingresos representaron en este periodo, en promedio, un 84%. A continuación se encuentra la AGENCIA Y REPRESENTACIONES CORDOVEZ, empresa que ha mantenido una tendencia creciente en cuanto a su participación, misma que obtuvo una participación promedio de 9%. En tercer lugar INDUSTRIA LICORERA IBEROAMERICANA ILSA S.A con una cuota de mercado promedio de 3,6%. El operador económico LIVERZAM CIA. LTDA en los tres años analizados mantuvo una participación del 1% [...]”. “[...] Como se manifestó anteriormente el mercado relevante al cual se remitirá la investigación es de bebidas alcohólicas tipo whisky de procedencia (malta o especias como insumo) escocesa. El informe de inspección de fecha de 19 de septiembre del presente año se evidenció en el mercado 13 marcas de whisky escoces. El precio promedio fue de USD 45,80. Blended Scotch Whisky River House, tiene un precio de venta al público por debajo del promedio, siendo este de USD 15, 27. De esta manera, este whisky es el sexto producto más barato de los encontrados en percha. Esta bebida alcohólica se ha comercializado desde marzo del 2012 hasta septiembre de 2016 [...]”.

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 [...]”.

Artículo 36.- *“Las personas adultas mayores recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, en especial en los campos de inclusión social y económica, y protección contra la violencia. Se considerarán personas adultas mayores aquellas personas que hayan cumplido los sesenta y cinco años de edad.”*

Artículo 37.- *“El Estado garantizará a las personas adultas mayores los siguientes derechos: [...] 4. Rebajas en los servicios públicos y en servicios privados de transporte y espectáculos.”*

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

Artículo. 9 trata del abuso de poder de mercado.- *“[...] Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan o falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.*

En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son:

2. Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, que les permitan aumentar sus márgenes de ganancia mediante la extracción injustificada del excedente del consumidor [...]”.

Artículo 26 contempla la prohibición de los hechos, actos o prácticas desleales.- *“[...] 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 [...]”:

Artículo 27 en sus numerales 2 y 9 describe las conductas de prácticas desleales de engaño y violación de normas *“[...] “Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes:*

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.

9. Violación de normas.- *Se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o administrativos o del incumplimiento de una norma jurídica, como sería una infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida. La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes configura una práctica desleal cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa [...]*”

Artículo 62.- se refiere a las medidas preventivas “[...] *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 [...]”.

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

6.1.- 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.

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

6.3.- Apariencia de buen derecho.-

6.3.1.- “[...] 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.

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>

6.3.2.- 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>

6.3.4.- 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. 4.- 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.

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.

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

7.1.- 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, mediante memorando SCPM-IIPD-210-2016-M de 21 de septiembre de 2016, suscrito por el abogado Marlon Vinuesa Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, al que se adjunta el escrito de denuncia presentado por el Dr. Hernán Ponce Aray, en su calidad de Apoderado Especial de The Scotch Whisky Association, en contra del operador económico Licorera Ecuatoriana Liverzam Cía. Ltda, por haber “[...] , ha violado las disposiciones contenidas en los literales 1,2,3,6 y 9 del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, es decir por haber incurrido en actos desleales confusión, engaño, imitación, explotación de reputación ajena y violación de normas técnicas que le confieren una ventaja competitiva significativa. Esto quiere decir que debido al incumplimiento de las normas técnicas NTE INEN 1933, 338 y 365 y la errónea utilización de la reseña “Scotch Whisky”, Licorera Ecuatoriana Liverzam Cía. Ltda., ha podido prevalecer en el mercado ecuatoriana (sic) [...]”.

7.2.- En el análisis del Informe SCPM-IIPD-10-2016 de fecha 20 de octubre de 2016, se señala lo siguiente: “[...] De la revisión, del expediente principal, se evidencia que LICORERA ECUATORIANA LIVERZAM CIA. LTDA., no ha realizado desde hace más de 2 años la importación de la Malta Escocesa, que es el ingrediente principal para la elaboración de su producto denominado RIVER HOUSE BLENDED SCOTCH WHISKY, en ese sentido, surge la duda sobre la naturaleza sobre el origen que se invoca en la etiqueta [...]”

7.3.- El Informe antes invocado añade: “[...] razón por la cual se hace necesario sugerir la adopción de medidas preventivas para que cese la comercialización del producto bajo la denominación RIVER HOUSE BLENDED SCOTCH WHISKY, hasta que se compruebe si cumple o no con las normas NTE INEN 365, 1933 y 338, verificación que ha sido solicitada a los siguientes órganos INEN y ARCSA [...]”

7.4.- En Informe de la referencia concluye: “[...] En virtud de la exposición de hechos y análisis efectuado en líneas anteriores, nos permitimos concluir lo siguiente:

- El operador económico LIVERZAM tiene como último registro de importación de malta escocesa, el 16 de noviembre del 2014 descrito como extracto y concentrado alcohólico para la elaboración del producto denominado RIVER HOUSE BLENDED SCOTCH WHISKY. •

De la inspección realizada el operador no brindó las facilidades necesarias e información documental, a efectos de verificar la forma de elaboración, envasado y etiquetado del producto en estudio que justifique la inclusión SCOTH en la etiqueta de su producto.

• *Se considera que existe buen derecho para la adopción de la medida preventiva de cese de la conducta en virtud a que la autoridad de propiedad intelectual dispuso la suspensión de la comercialización del referido producto hasta la resolución definitiva [...]”.*

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 del Informe No. SCPM-IIPD-10-2016 de 20 de octubre de 2016, suscrito por el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, mediante el cual, solicita que se adopten medidas preventivas necesarias y que se encuentran contenidas en el mencionado Informe.
- 2. Adoptar** como medida preventiva que tendrá vigencia mientras duran los procesos de investigación – resolución por parte de la SCPM la siguiente:

Que el operador económico **LICORERA ECUATORIANA LIVERZAM CIA. LTDA**, en el término de quince (15) días, suspenda la comercialización del producto con la etiqueta **RIVER HOUSE WHISKY** sin la denominación **SCOTCH**, y retire del mercado el producto o productos con dicha etiqueta, por existir elementos que nos permite justificar la apariencia de buen derecho y la necesidad de su adopción su peligro en la demora toda vez que podría vulnerar el derecho de los consumidores a tener “... información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren presentar”.

Esta medida preventiva tiene apariencia de buen derecho, es urgente en el tiempo, se ajusta a la intensidad, proporcionalidad y necesidad del daño que se pretende evitar; no origina daño irreparable, ni violación de derechos fundamentales del operador económico **LICORERA ECUATORIANA LIVERZAM CIA LTDA**.

- 3.-** Se dispone a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, realice el monitoreo de cumplimiento de la medida preventivas dispuestas por esta Comisión. El operador económico **LICORERA ECUATORIANA LIVERZAM CIA LTDA.**, pondrá a disposición de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, las fuentes de verificación necesarias del cumplimiento de las medidas preventivas dictadas en la presente resolución, en caso de incumplimiento informará inmediatamente a este órgano.

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

Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO

Dr. Diego Jiménez Borja
COMISIONADO