

**EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-054-2016**

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** Quito, 01 de noviembre de 2016, a las 16h50.- **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. Agréguese al expediente el Informe No.SCPM-IIPD-8-2016-M de 17 de octubre de 2016, suscrito por el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de prácticas Desleales, remitido a través del sistema SIGDO, constante en diecisiete (17) páginas, respecto a la solicitud de medidas preventivas solicitadas por el señor Rodrigo Alvarado Sullivan, en su calidad de Gerente General de CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX. Por corresponder al estado procesal del presente expediente el de resolver, para hacerlo considera:

**PRIMERO.- COMPETENCIA.-** La Comisión de Resolución de Primera Instancia es competente para resolver la petición de adopción de medidas preventivas solicitadas por el señor Rodrigo Alvarado Sullivan, en su calidad de Gerente General de CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX., en contra de José Luis Guillermo Bruzzone Dávalos, en calidad Gerente por tanto Gerente general de RECKITT BENCKISER ECUADOR 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.

**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.-** Con fecha 08 de septiembre de 2016, a las 10h25 fue presentada la denuncia por presuntas prácticas desleales por el operador económico CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX a través del abogado Cristóbal Montúfar Gangotena ofreciendo poder y ratificación por parte del gerente general del referido operador económico, en contra de la compañía.

**3.2.-** Mediante escrito de ratificación suscrito por el señor Rodrigo Alvarado Sullivan, Gerente General de CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX, ingresado a esta



Superintendencia el 21 de septiembre de 2016 a las 15h08, el Intendente avocó conocimiento de la denuncia, anexos y ratificación presentados por el operador económico CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX y dispuso "(...) **OCTAVO.-** *Respecto a las medidas cautelares solicitadas por el denunciante, remítase una copia de la denuncia a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, a fin de que esta disponga lo que en derecho corresponda...*".

**3.3.-** Con fecha 27 de septiembre de 2016, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, avoca conocimiento y en providencia dispone "... i) *Agregar el memorando SCPM-IIPD-209-2016-M., de fecha 21 de septiembre de 2016 suscrito por el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, recibida mediante el sistema SIGDO, constante en una (1) página. ii) Agregar el escrito de denuncia presentada por el señor Rodrigo Alvarado Sullivan, en su calidad de Gerente General y por tanto Representante Legal de CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX, recibida en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en lo posterior SCPM) el 08 de septiembre de 2016, a las 10h45, constante en veinte (6) páginas y un (1) anexo de 5 páginas.2) AVOCAR conocimiento de la solicitud de medidas preventivas solicitadas por la señora (sic) Rodrigo Alvarado Sullivan, en su calidad de Gerente General y por tanto Representante Legal de CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX, en contra del señor José Luis Guillermo Bruzzone Dávalos, en calidad Gerente por tanto Gerente general de RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A. en su calidad de fabricante y/o distribuidor de los productos VANISH en el que expresa los siguiente "(...) se tome medidas cautelares pertinentes las mismas que podrían incluir la orden de cese de la conducta, el retiro de todo material publicitario objeto de esta denuncia y todas aquellas que se consideren pertinentes(...)" 3) Signar al procedimiento con el número de trámite SCPM-CRPI-0054-2016. 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, 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 el señor Rodrigo Alvarado Sullivan, en calidad de Gerente General y por tanto Representante Legal de CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX (...)."*

**3.4.-** Con fecha 17 de octubre del 2016, el abogado Marlon Roberto Vinueza, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales remite a la CRPI., el Informe No.SCPM-IIAPD-8-2016-M, referente: "*Informe de Medidas Preventivas expediente SCPM-CRPI-0054-2016*"

#### **CUARTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO.-**

4.1.- Con fecha 08 de septiembre de 2016, a las 10:25 fue presentada la denuncia por presuntas prácticas desleales por el operador económico CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX a través del abogado Cristóbal Montúfar Gangotena ofreciendo poder y ratificación por parte del gerente general del referido operador económico, en contra de la compañía.

4.2.- Mediante escrito de ratificación suscrito por el señor Rodrigo Alvarado Sullivan, Gerente General de CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX, ingresado a esta Superintendencia el 21 de septiembre de 2016 a las 15h08, el Intendente avocó conocimiento de la denuncia, anexos y ratificación presentados por el operador económico CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX y dispuso "(...) **OCTAVO.-** *Respecto a las medidas cautelares solicitadas por el denunciante, remítase una copia de la denuncia a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, a fin de que esta disponga lo que en derecho corresponda...*".

4.3.- Con fecha 27 de septiembre de 2016, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, avoca conocimiento de la solicitud de medidas preventivas solicitadas por la señora Rodrigo Alvarado Sullivan, en su calidad de Gerente General y por tanto Representante Legal de **CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX**, en contra del señor José Luis Guillermo Bruzzone Dávalos, en calidad Gerente por tanto Gerente general de RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A. en su calidad de fabricante y/o distribuidor de los productos VANISH.

4.4.- Con fecha 17 de octubre del 2016, el abogado Marlon Roberto Vinuesa, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales remite el Informe No.SCPM-IIAPD-8-2016-M referente: "*Informe de Medidas Preventivas expediente SCPM-CRPI-0054-2016*"

4.5.- En el Informe No.SCPM-IIAPD-8-2016-M de 17 de octubre del 2016, en acápite V "Hechos", el señor Rodrigo Alvarado Sullivan en calidad de Gerente General y Representante Legal del operador económico CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX denuncia lo siguiente: "*... La denunciada ha lanzado en Ecuador y entendemos, en distintos países de América Latina una nueva campaña publicitaria para publicitar su producto VANISH y de manera particular VANISH MAX, productos cuyo principio activo es el peróxido de hidrogeno y que se vende como removedor de manchas principalmente para ropa. En esta campaña publicitaria, que se realiza mediante demostraciones físicas en distintos puntos de venta de nuestro país y a través de publicidades audiovisuales en medios masivos como la televisión y el internet, en particular en redes sociales, en donde nuevamente se compara dos productos que no susceptibles de comparación como son VANISH MAX, cuyo principio activo es el peróxido de hidrógeno con productos cuyo principio activo es el hipoclorito de sodio, es decir dos principios activos*



*distintos, que no son análogos ni comparables, y además en usos no previstos para el cloro. Esta comparación, confusión, denigración y engaño ya mereció sanción de su Autoridad en el caso anteriormente citado. De manera muy similar a lo acontecido en el proceso 048-SCPM-CRPI-2014 llevado ante Superintendencia de Control del Poder de Mercado, la denunciada vuelve a comparar estos dos productos. Adicionalmente expone la representación de flores vívidas y sanas junto a prendas de colores relucientes cuando estas entran en contacto con VANISH y flores marchitas y moribundas junto a ropa de colores tristes cuando estas entran en contacto con el cloro. Estos actos constantes en la campaña publicitaria denunciada se podrían reputar como una práctica desleal conforme lo establece el Artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ya que la publicidad objeto de esta denuncia compara dos productos que no son análogos, relevantes ni comparables y lo hace de una forma denigratoria que confunde y engaña al público consumidor puesto que compara los productos en usos no previstos ni autorizados para el cloro y seguramente tampoco para Vanish...”.*

**4.6.-** Dentro del acápite VIII “PETICIÓN” el denunciante solicita: “... Adicionalmente, conforme lo dispuesto en el Artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado solicito se tomen las medidas cautelares pertinentes, las mismas que podrían incluir la orden del cese de la conducta, el retiro de todo el material publicitario objeto de esta denuncia y todas aquellas que se consideren pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño causado por las conductas relatadas en esta denuncia y de esa manera asegurar la eficacia de la resolución definitiva...”.

**4.7.-** Mediante providencia de 30 de septiembre de 2016 a las 13h30, el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales dispuso a la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales efectuar inspección el día 03 de octubre de 2016 a partir de las 10h00, en el local perteneciente al operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO “MI COMISARIATO” ubicado en la Avenida Naciones Unidas y Avenida de los Shyris, con la finalidad de recabar elementos de convicción respecto de las conductas denunciadas relativas a los numerales 1, 2, 4 y 5 del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esto es, posibles conductas de confusión, engaño, denigración y comparación que afecten o puedan afectar, limitar o perjudicar a los consumidores y/o usuarios.

**4.8.-** De la misma manera mediante providencia de 06 de octubre de 2016 a las 12h00, el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales dispuso requerir a la Intendencia Zonal 8 (Guayaquil), realizar una inspección el día 07 de octubre de 2016 a partir de las 10h00, en el Centro Comercial Riocentro Norte, ubicado en la avenida Francisco de Orellana en la ciudad de Guayaquil, con la finalidad de recabar elementos de convicción respecto de las conductas

denunciadas del producto VANISH, relativas a los numerales 1, 2, 4 y 5 del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esto es, posibles conductas de confusión, engaño, denigración y comparación que afecten o puedan afectar, limitar o perjudicar a los consumidores y/o usuarios.

**4.9.-** Mediante Informe No. SCPM-DNIPD-INF-2016-036, de 04 de octubre de 2016, respecto a la Inspección realizada en el local perteneciente al operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO “MI COMISARIATO” ubicado en la Avenida Naciones Unidas y Avenida de los Shyris, en la ciudad de Quito, se informó lo siguiente: “... *Se cumplió con los objetivos de la inspección conforme las instrucciones recibidas por parte del Intendente de Investigación de Prácticas Desleales Abg. Marlon Vinuesa Armijos. De la información levantada y de la revisión minuciosa de los productos VANISH en el lugar de la inspección, se desprende que no se encontraba la publicidad en los productos VANISH, referida en la denuncia, dentro de las perchas del local “MI COMISARIATO”, ubicado en el Centro Comercial Quicentro en la Av. Naciones Unidas y Av. de los Shyris...*”.

**4.10.-** En relación a la inspección realizada el día 07 de octubre del 2016 a las 16H30 en las instalaciones de CORPORACION EL ROSADO S.A ubicadas en el Centro Comercial Río Centro Norte situado en la Avenida Francisco de Orellana de la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas, se desprende que: “... *El producto denominado VANISH únicamente ocupa una percha en el mencionado establecimiento. En la mencionada percha, el producto se muestra en cinco presentaciones diferentes. Algunos de los empaques enuncian la frase “SIN CLORO”. No se observa igualdad o gran similitud entre la forma de los productos de VANISH y el resto de los productos; sin perjuicio de que se realicen las evaluaciones o pericias pertinentes para corroborar lo mencionado...*”.

## **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.- PRONUNCIAMIENTOS INTERNACIONALES:**

Respecto a la jurisprudencia internacional en casos análogos, encontramos lo siguiente:

- a) La resolución No. 182-2009/CCD-INDECOPI, dada en la ciudad de Lima-Perú, el 07 de octubre de 2009; dentro de la cual resuelve: “(...) CUARTO: ORDENAR a Reckitt Benckiser Perú S.A., en calidad de medida correctiva, el CESE DEFINITIVO e INMEDIATO de la difusión del anuncio materia de imputación y de cualquier otro similar, en tanto no cuenten, de manera previa a su difusión, con los medios probatorios idóneos que acrediten que el producto “Vanish Max” remueve las manchas secas de salsa de tomate y vino...”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Carlos Cornejo Guerrero, Presidente Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal. Resolución N° 182-2009/CCD-INDECOPI. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/182-2009.pdf> (acceso: 14/10/2016).



- b) La Resolución No. 002-2012/CPE, dada en la ciudad de Lima-Perú, el 07 de mayo de 2012; dentro de la cual la Comisión Permanente de Ética resuelve: "... **QUINTO: ORDENAR a RECKITT BENCKISER PERÚ S.A., en calidad de medida complementaria, el CESE DEFINITIVO del anuncio publicitario denunciado...**"<sup>2</sup>.

## **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 [...]"<sup>3</sup>

**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

<sup>2</sup> Jorge Baca Álvarez Marroquín, Presidencia (e) Comisión Permanente de Ética Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria CONAR. Resolución N° 002-2012/CPE. <http://www.conarperu.org/resoluciones/2012/mayo-exp-04-2012-resolucion-final-cpe.pdf> (acceso: 14/10/2016).

<sup>3</sup> Derecho Administrativo y Corrección Económica Memorias Seminario Internacional, Corte Nacional de Justicia, Primera Edición, Quito D.M.- Ecuador 2015, Páginas 212 y 216.

*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 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 [...]”.<sup>4</sup>*

#### **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.*

4

<http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUjNDUwtjtbLUouLM DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAn6ZPwzUAAAA=WKE>



*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>*

**6.4.2.- 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 judice.

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 se constata que señor Rodrigo Alvarado Sullivan, en su calidad de Gerente General de CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX, el día 08 de septiembre de 2016, a las 10h:25, presentó la denuncia y mediante escrito de ratificación suscrito por el señor Rodrigo Alvarado Sullivan, Gerente General de CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX, ingresado a la Superintendencia el 21 de septiembre de 2016 a las 15h08, el Intendente avocó conocimiento de la denuncia, anexos y ratificación presentados por el operador económico CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX, en la que se solicita la adopción de medidas preventivas, especificando “... *Adicionalmente, conforme lo dispuesto en el Artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado solicito se tomen las medidas cautelares pertinentes, las mismas que podrían incluir la orden del cese de la conducta, el retiro de todo el material publicitario objeto de esta denuncia y todas aquellas que se consideren pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño causado por las conductas relatadas en esta denuncia y de esa manera asegurar la eficacia de la resolución definitiva...*”.

#### **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-IIPD-8-2016-M de 17 de octubre de 2016, se evidencia lo siguiente:** “a) *Material publicitario publicado en la Página "Vanish Ecuador (Oficial)" de Facebook. (Primera publicación 29 de Mayo de 2016), dentro del cual adjunta la respectiva certificación notarial. b) Fotografías del stand, collarines publicitarios y el producto. c) Fotografía del stand y declaraciones juramentadas de las demostraciones físicas comparativas y los stand en los puntos de venta y mercados del Ecuador (Fecha de demostraciones 16 de junio del 2016 y 1 de Julio de 2016 en los establecimientos Mi Comisariato del Centro Comercial Rio Centro Norte de Guayaquil y Quicentro Shopping de Quito, respectivamente), dentro del cual adjunta las respectivas*



*declaraciones juramentadas. c) Videos publicitarios difundidos en las demostraciones físicas que se menciona en el numeral anterior (Fecha de demostraciones 16 de junio del 2016 y 1 de Julio de 2016 en los establecimientos Mi Comisariato del Centro Comercial Río Centro Norte de Guayaquil y Quicentro Shopping de Quito respectivamente.), adjunta CD con los videos descritos."*

**7.2.- En el análisis del Informe No. SCPM-IIPD-8-2016-M de 17 de octubre de 2016, se señala lo siguiente:** "[...] debería adoptar la medida preventiva del cese de la publicidad comparativa con el producto objeto de investigación que haga el operador económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A. que tenga relación a supuestos daños a la ropa cuando se utiliza cloro y que se haga en cualquier medio de comunicación social de difusión."

**7.3.- En Informe concluye:** "i) De la inspección realizada el 03 de octubre de 2016, en el local perteneciente al operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO "MI COMISARIATO" ubicado en la Avenida Naciones Unidas y Avenida de los Shyris, en la ciudad de Quito, se desprende que no se encontraba la publicidad en los productos VANISH, referida en la denuncia. ii) De la inspección realizada el 07 de octubre de 2016, en el Centro Comercial Riocentro Norte, ubicado en la avenida Francisco de Orellana en la ciudad de Guayaquil, no se desprende publicidad conforme los términos de la denuncia. iii) La empresa ECUACLOROX posee ingresos equivalentes al 8% de participación, colocándola en el tercer puesto dentro del sector de fabricación de granadas y bombas extintoras de fuego, preparación y carga de aparatos extintores. Por otra parte, RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A. generó en 2015 una participación de 7% en el mercado de venta al por mayor de artículos de limpieza. iv) La publicidad denunciada por el operador económico ECUACLOROX, en redes sociales, como Facebook, aún se encuentra vigente, donde se realiza la comparación en cuestión. v) Los elementos de convicción aportados por la denunciante justifican una apariencia de buen derecho."

**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-8-2016-M de 17 de octubre de 2016, suscrito por el abogado Marlon Vinuesa 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 dura los procesos de investigación – resolución por parte de la SCPM la siguiente:

Que el operador económico de **CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX**, cese la publicidad comparativa con el producto objeto de investigación que haga el operador económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A. que tenga relación a supuestos daños a la ropa cuando se utiliza cloro y que se haga en cualquier medio de comunicación social de difusión masiva, perchas en supermercados, y redes sociales, 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 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 alguno, ni violación de los derechos fundamentales del operador económico responsable.

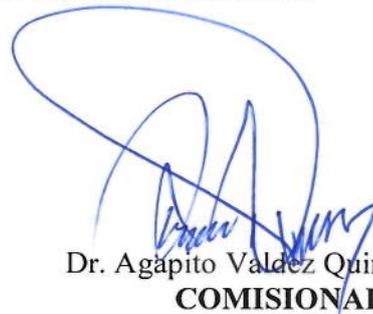
- 3.- Se dispone a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, realice el monitoreo de cumplimiento de la medida preventivas dispuestas por esta Comisión. El operador económico **CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX**, pondrá a disposición de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, 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.-Notifíquese al el operador económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A., en la siguiente dirección: Francisco Salazar E10-37 y José Luis Tamayo, edificio Atlantic Business Oficina 802 ciudad de Quito, provincia de Pichincha.

- 5.- 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**



Superintendencia  
de Control del  
Poder de Mercado

Dr. Diego Jiménez Borja  
**COMISIONADO**