

SCPM-CRPI-0068-2016

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito D.M., 21 de noviembre de 2016, a las 16h10.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder del Mercado designó al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, al doctor Agapito Valdez Quiñonez Comisionado; y, al doctor Diego Xavier Jiménez Borja Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes disponen: i) Agregar al expediente el Informe sobre petición de medidas preventivas signado con el No.SCPM-IIPD-15-2016 de fecha 09 de noviembre de 2016, suscrito por el abogado Marlon Vinuesa Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en lo posterior SCPM). La Comisión de Primera Instancia, por corresponder al estado procesal del expediente el resolver, para hacerlo considera:

I. Que, el 29 de septiembre de 2016, a las 16h14 fue presentada la denuncia por presuntas prácticas desleales por el operador económico REGALHATS IMPORTACIÓN EXPORTACIÓN Y DISTRIBUCIÓN CIA. LTDA., a través de su Gerente General y Representante Legal señora Kelly Eugenia Rendón Noboa, en contra del señor WASHINGTON PATRICIO LUCERO ACOSTA.

II. Que, dentro de la denuncia formulada por el operador económico REGALHATS IMPORTACIÓN EXPORTACIÓN Y DISTRIBUCIÓN CIA. LTDA. Representada legalmente por la señora Kelly Eugenia Rendón Noboa, expresa: *“La compañía REGALHATS IMPORTACIÓN EXPORTACIÓN Y DISTRIBUCIÓN CIA. LTDA, la cual represento, se dedica, principalmente, al diseño, fabricación, producción, importación, exportación, compra, venta, distribución, consignación, representación, y comercialización de sombreros; así como a la venta al por mayor y menor de artículos de cuero y materia prima para su producción.” “En cuanto a la fabricación de sombreros, el insumo principal para la elaboración de estos son los denominado CONOS O CASCOS, los cuales importamos bajo la Partida Arancelaria #6501.00.00.00 desde Polonia, dicha materia prima la adquirimos al proveedor Skoczowska Fabryka Kapeluszy Polkap Sp. Zo.o. “En este sentido, como ya quedó indicado en nuestro escrito de denuncia conocemos que el señor WASHINGTON PATRICIO LUCERO ACOSTA importa bajo la denominación de CAPELINAS ABIERTAS, las cuales tienen las mismas características que nuestros CONOS o CASCOS, sin embargo, pagan menos arancel, por este producto de importación.” (...) el mencionado importa materia prima de las mismas características que lo hace la compañía que represento, pero pagan menos arancel, lo cual deviene en que los precios que comercializan su producto sea más barato que el que nosotros podemos ofrecer, ergo*

existe competencia desleal. Vale precisar que el producto final que comercializamos todos los involucrados es sombrero 100% pelo de conejo.”

III. Que, dentro de la denuncia el operador económico REGALHATS IMPORTACIÓN EXPORTACIÓN Y DISTRIBUCIÓN CIA. LTDA., expresamente solicita: “[...] *acudimos ante usted y denunciemos este hecho, a fin de que se proceda a sancionar estas prácticas desleales flagrantes y evidentes producidas presuntamente por el denunciado, en contra de mi representada y potencialmente a otras compañías dedicadas a similar actividad.*”

IV. Que mediante providencia de 14 de octubre de 2016, esta Comisión avocó conocimiento del memorando SCPM-IIPD-236-2016-M, de fecha 12 de octubre de 2016, suscrito por el abogado Marlon Vinuesa Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, signando al presente expediente administrativo con el No. SCPM-CRPI-0068- 2016.

V.- Que la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, con fecha 09 de noviembre de 2016, remite el Informe SCPM-IIPD-15- 2016 referente a “ *Informe de Medidas Preventivas expediente SCPM-CRPI-2016-068*” en el que recomienda “ *En virtud de las consideraciones antes expuestas, esta Intendencia sugiere a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, no adoptar las medidas preventivas solicitadas por el denunciante, tales como: el cese inmediato de las conductas materia de la presente denuncia, toda vez que de la revisión de la denuncia, los elementos probatorios y las resoluciones emitidas por el Comité de Comercio exterior, no se aprecian elementos de apariencia de buen derecho, ni se desprende que la falta de medidas preventivas generaría una afectación al denunciante.*”

VI. Que, La Constitución de la República de Ecuador, publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, en el artículo 66, numeral 25, reconoce y garantiza: “25. *El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características...*”.

VII. Que el artículo 87 de la Constitución de la República, respecto a las medidas cautelares señala: “[...] *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 [...]*”.

VIII. Que, el artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, establece: “[...] *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 [...]”.

IX. Que el Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, al referirse a las clases de medidas preventivas prescribe: “[...] 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 [...]”.

X. Que, el artículo 74 del Reglamento antes invocado sobre la adopción de medidas preventivas determina: “[...] 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 [...]

XI. Que, el artículo 76 del Reglamento citado en líneas precedentes, reza: “[...] 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 [...]”.

XII. Que con los criterios doctrinarios se señala lo siguiente: a) El autor Tinajero Bolaños, en relación al tema nos menciona: “... Para que éste acto de competencia desleal agravado a través de una violación de norma logre configurarse deben suscitarse los siguientes presupuestos: 1) Que exista una infracción de leyes; 2) Que el infractor obtenga en virtud de la infracción una ventaja competitiva; 3) Que esa ventaja sea significativa; y 4) Que el infractor se prevalga en el mercado de esa ventaja significativa. (...) Es por ello, que el cumplimiento de los presentes requisitos, permitirá demostrar el nexo causal entre la infracción realizada y la ventaja efectivamente alcanzada, por ejemplo permitiéndole al operador económicos (sic.) imponer los bienes o servicios a precios más bajos del mercado...”¹ b) Fernando Díez Estella nos explica en referencia a la infracción de norma que: “... se explica teniendo en cuenta que el fundamento de la deslealtad por infracción de normas está en el respeto a la par condicio concurrentium, la igualdad de condiciones de juego de los agentes que operan en el mercado (...)”. Por tanto, nos indica que la norma de competencia “(...) no busca, por tanto, reforzar o proteger el cumplimiento de la ley, sino que la infracción de una norma no altere o falsee el funcionamiento

¹ Diego Fernando Tinajero Bolaños. *El Tampering o Data Diddling, una Vulneración a la Libre Competencia, al Mercado y al Bienestar Económico en General*. Tesis de grado. Universidad de la Américas. Quito, 2016

del mercado, cuando dicha infracción afecta de forma positiva la posición competitiva del infractor. Esto puede ocurrir, básicamente, de dos maneras (...)²

XIII. Que, en el análisis del Informe No. SCPM-IIPD-15- 2016 de fecha 09 de noviembre de 2016, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, sostiene: *“El producto objeto de investigación es el sombrero de pelo de conejo, los operadores económicos que se dedican a la fabricación de este producto se registran en la actividad económica: Fabricación de gorros y sombreros (incluidos lo de piel y paja toquilla).” “El operador WASHINGTON LUCERO elabora sombreros de pelo de liebre, más no de pelo de conejo, por lo cual, los productos que elaboran ambas empresas no serían susceptibles de comparación, sin embargo, se pueden considerar como posibles sustitutos.” “El operador económico predominante del sector fabricación de gorros y sombreros en 2015 fue EXPORTADORA K. DORFZAUN S.A., ya que sus ingresos representaron 26% sobre el total, le siguen las empresas YANAPI S.A con un 21% y HOMERO ORTEGA PENAFIEL E HIJOS con 15%; en quinto lugar, se encuentra REGALHATS con 7% de participación.” “Como se puede ver los operadores económicos denunciados no se encuentran registrados en la misma actividad económica, sin embargo, debido a que comercializan productos considerados como sustitutos se procede analizar la participación por ventas de los operadores económicos que se dedican a esta actividad.” “El operador económico REGALHATS presenta una notable diferencia en sus ingresos "por ventas respecto al operador económico WASHINGTON LUCERO; de las suma de los ingresos de ambas empresas la empresa denunciante representa el 87%, mientras que la denunciada el 13%, (no se encontraron registros sobre los ingresos del año 2015 de BALTAZARA CEPEDA YUQUILEMA). “Se puede ver efectivamente que las partidas relacionadas a la investigación poseen diferentes aranceles, obteniendo una diferencia de 30 puntos porcentuales. Sin embargo, estos aranceles son definidos por el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE), institución encargada de determinar la naturaleza, procedencia, características y los tributos que le corresponden a cierto bien.”*

XIV. En el Informe de la antes citado la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, llega a la siguiente conclusión: *“[...] La interposición de medidas cautelares requiere de la presencia de dos presupuestos: la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris) y el peligro en la demora (periculum in mora), los cuales de la revisión de la denuncia, así como de las pruebas presentadas por la denunciante, no se encuentran en el presente proceso administrativo.”*

En uso de sus atribuciones legales, esta Comisión de Resolución de Primera Instancia.

² Fernando Díez Estella “Las Complicadas Relaciones entre la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal”. *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea* No. 213, (Mayo /Junio 2001), págs. 21-22.

RESUELVE:

1. Acoger el Informe No. SCPM-IIPD-15- 2016 de fecha 09 de noviembre de 2016, suscrito por el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales de la SCPM.
2. Negar la petición de adopción de medidas preventivas solicitadas el 29 de septiembre de 2016, por el operador económico **REGALHATS IMPORTACIÓN EXPORTACIÓN Y DISTRIBUCIÓN CIA. LTDA.**, representada legalmente por la señora Kelly Eugenia Rendón Noboa, en contra del operador económico: **WASHINGTON PATRICIO LUCERO ACOSTA.**
3. Notifíquese la presente Resolución a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales y al operador económico **REGALHATS IMPORTACIÓN EXPORTACIÓN Y DISTRIBUCIÓN CIA. LTDA.**
4. Actúe en calidad de Secretario Ad-Hoc, de esta Comisión, el abogado Christian Torres Tierra.- **NOTIFIQUESE y CUMPLASE.-**

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
PRESIDENTE

Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO

Dr. Diego Jiménez Borja
COMISIONADO