

Expediente No. SCPM-CRPI-2016-030

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCION DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito D.M. 08 de julio de 2016, a las 16h30.- **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 Jiménez Borja, Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes. Al respecto se dispone agregar lo siguiente: i) El memorando SCPM-IIPD-046-2016-M de fecha 24 de junio de 2016, suscrito por el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, remitido a esta Comisión a través del sistema SIGDO, al que se adjunta el informe de medidas preventivas No. 12. ii) El escrito presentado por el operador económico Alejandro Ahmed Pazmiño, ingresado por secretaria General de la Superintendencia del Control del Poder de Mercado el 30 de junio del 2016 a las 13h18, constante en seis (6) páginas y un anexo constante de 56 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 conocer y resolver la petición de medidas preventivas solicitadas por el operador económico ALEJANDRO AHMED PAZMIÑO, en atención al mandato legal contenido los artículos 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM) y 74 del Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante Reglamento de la LORCPM).

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.- La solicitud de medidas preventivas ha sido tramitada de conformidad con las disposiciones contempladas en la LORCPM y en el Reglamento de la LORCPM, 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.-

3.1.- Con fecha 13 de abril de 2016, las 16:46 el señor ALEJANDRO AHMED PAZMIÑO, presenta en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en lo posterior SCPM), una denuncia por presuntas prácticas desleales, en contra las compañía PINTURAS Y QUIMICOS DEL ECUADOR PYQ S.A. con RUC 0992619570001 y la compañía ADHEPLAST S.A. con RUC 0190099725001.

3.2.- El 26 de abril de 2016, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales (en lo sucesivo IIPD) emitió una providencia con la cual principalmente se calificó la denuncia antes referida, y se dispuso: "**PRIMERO:** abrir el expediente y correr traslado con la denuncia propuesta y anexos a la misma a los operadores económicos denunciados PINTURAS Y QUIMICOS DEL ECUADOR PYQ S.A. con RUC 0992619570001 y la compañía ADHEPLAST S.A. con RUC 0190099725001"; "**TERCERO:** Remitir copia de la denuncia a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en virtud de la petición de

medidas preventivas solicitadas por el denunciante a efectos que disponga a esta Intendencia lo que en derecho Corresponda".

3.3.- "Mediante Memorando SCPM-CRPI-2016-259, de fecha 02 de junio de 2016, suscrito por el doctor Christian Torres Tierra, Secretario Ad-Hoc de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, emite hasta esta Intendencia la Resolución dictada con fecha 02 de junio de 2016 mediante la cual "(..)DISPONE: 1) Avocar conocimiento de la solicitud de medidas preventivas requeridas mediante denuncia presentada por el señor Alejandro Ahmed Pazmiño en contra del operador económico PINTURAS Y QUIMICOS DEL ECUADOR PYQ S.A. y del operador económico ADHEPLAST S.A., cuyo representante legal es el señor Xavier Fernando Jimbo Quizhpi. 2) Signar el presente expediente administrativo con el número SCPM-CRPI-2016-030. 3) Requerir a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales presente ante esta Comisión, dentro del término de quince (15) días, un informe motivado en relación a la procedencia o no de la adopción de las medidas preventivas solicitadas por el denunciante señor Alejandro Ahmed Pazmiño. (..)."

3.4.- El abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, mediante memorando No.SCPM-IIPD-046-2016-M de 24 de junio de 2016, remitió a ésta Comisión el Informe de medidas preventivas N° 12.

CUARTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

4.1.- Fundamentos de hecho.-

4.1.1.- En relación a la solicitud de la adopción de medidas preventivas.-

"La necesidad de adoptar medidas preventivas en el presente caso se fundamenta en la sobre la imposibilidad de reparar el daño causado a los consumidores que adquirieron y siguen adquiriendo un producto que no cumple con la resistencia suficiente a la abrasión regulada mediante el Reglamento Técnico Ecuatoriano RTE INEN 061 (IR) y la Norma Técnica Ecuatoriana NTE INEN 1544, por cuanto no se podía establecer un medio de compensación a cada uno de los afectados, especialmente si se espera a que la IIPD emita resolución en más de 1 año que determine la existencia de prácticas desleales [...]"

*"(..) En virtud del Artículo 62 de la LORCPM solicitamos a la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la SCPM adopte **medidas preventivas** suficientes en contra de los operadores económicos PINTURAS Y QUIMICOS DEL ECUADOR PYQ S.A. y ADHEPLAST S.A., para evitar que se siga causando afectación o daño con las conductas determinadas en la presente denuncia de competencia desleal y así preservar las condiciones de la competencia, la libre concurrencia de los operadores económicos, el bienestar general y los derechos de los consumidores. Consideramos que las medidas preventivas necesarias son:*

- a. La orden de cese de la conducta es decir el retiro inmediato de la pintura existente en locales comerciales y la NO comercialización de productos que incumplan con la Norma Técnica Ecuatoriana No. INEN 1544 y el Reglamento Técnico Ecuatoriano RTE INEN 061 (IR).*
- b. La imposición de condiciones necesarias que aseguren la no violación de normas.*

- c. La adopción de comportamientos positivos, es decir, ordenar las medidas necesarias para reparar las lesiones ocasionadas a los consumidores y competidores afectados.
- d. Demás medidas que considere pertinentes con Ja 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. (...)"

4.1.2.- Según el Informe de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales.-

“En el mercado de pintura en el Ecuador se observa que tres empresas mantienen el liderazgo del sector, la competencia entre estas empresas se basa principalmente en la diferenciación de producto y posicionamiento de la marca y en menor medida de los precios”.

“Las empresas materia de estudio constituyen una opción más económica para el consumidor; por precio se podría decir que compite con el producto Pin 3 blanco de pinturas Cóndor, el cual constituye una opción para el cliente ante una eventual salida del mercado de los productos Látex Súper Económico ADHEPLAST y Látex Fast Colors”.

“Los resultados del laboratorio acerca de del no cumplimiento de la norma 1544 del INEN sirve como un posible indicio del cometimiento de la práctica, sin embargo, no se puede considerar como un determinante del cometimiento de la misma, en parte porque fueron realizados en el laboratorio de uno de los operadores que compiten en el mercado”.

“Mediante la verificación de los laboratorios acreditados en el portal web del Servicio de Acreditación Ecuatoriano se observó que los laboratorios de Pinturas Unidas no se encuentra en estas listas”.

4.2.- Fundamentos de derecho.-

Artículo 213, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, “[...] 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 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 [...]”.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.- 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 [...] las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar [...]”.



Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.- Penúltimo inciso del artículo 73.- precisa que: “[...] *no se podrán dictar medidas preventivas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales [...]*”.

Como se puede apreciar de la normativa legal y reglamentaria antes citada, el objeto de las medidas preventivas es preservar las condiciones de la competencia y evitar una grave lesión o daño que afecte a la libre concurrencia de los operadores económicos, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

QUINTO.- ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS MEDIDAS SOLICITADAS

5.1.- 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.

5.2.- 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 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.

5.4.- Adicionalmente, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales en sus Informes de MEDIDAS PREVENTIVAS N° 12, de fecha 24 de junio de 2016, justifica que no se puede adoptar medidas preventivas en contra de *PINTURAS Y QUIMICOS DEL ECUADOR PYQ S.A.* y *ADHEPLAST*, al manifestar “[...] *no se debe conceder medidas preventivas solicitadas (sic) por el denunciante en razón de que no se cuenta con el requisito de “apariencia de buen derecho” o “fumus bonis iuris” que contempla la doctrina y nuestra legislación de competencia[...]*

“[...] De igual manera, conforme se desprende del informe económico, no cumpliría el principio del peligro en la demora o “periculum in mora”, toda vez que a la falta del buen derecho señalado, no se podría adoptar una medida preventiva que podría resultar, en esta fase corta de la pre investigación (procedimiento de denuncia), más perjudicial que los bienes jurídicos que se pretende precautela conforme la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado.”

5.5.- La IIPD ha manifestado que, no se ha justificado la adopción de medidas preventivas solicitadas por el señor *ALEJANDRO AHMED PAZMIÑO*, considerado oportuno precisar que “[...] *los informes del laboratorio adjuntados pueden constituir un indicio dentro de la investigación principal, pero no constituir un buen derecho para adoptar las medidas preventivas, dado el mismo no ha sido solicitado o practicado dentro de la presente investigación, y elaborado bajo una acreditación, certificación o designación de por parte de un organismo evaluador [...]*” Además se toma en cuenta que “*Existe una incongruencia en el Denunciante, pues al tratarse de pinturas NO LAVABLES por definición normativa, no correspondía el ejercicio de restregar con paño húmedo para lavar las misteriosas manchas aparecidas”.*

5.6.- Los criterios aplicables para la adopción de medidas preventivas, están relacionados, con por un lado con la imposibilidad de reparar el daño causado a los consumidores y evitar que siga causando afectación o daño por parte de PINTURAS Y QUIMICOS DEL ECUADOR PYQ S.A. y ADHEPLAST, ya que puede suponer el perjuicio al no tomarse acciones de precaución por parte de autoridades administrativas; por otra parte las contradicciones e incongruencias que dice tener el solicitante, en este caso el operador económico ALEJANDRO AHMED PAZMIÑO.

5.7.- En el presente caso evaluaremos la concurrencia de estas dos condiciones para resolver si la adopción de las medidas preventivas solicitadas es pertinente, para este análisis es procedente conocer el pronunciamiento de la IIPD que manifiesta: “[...] *no se debe conceder medidas preventivas solicitadas (sic) por el denunciante, en razón de que no se cuenta con el requisito de “apariencia de buen derecho” o “fumus bonis iuris” que contempla la doctrina y nuestra legislación de competencia, pues los informes del laboratorio adjuntados pueden constituir un indicio dentro de la investigación principal, pero no constituir un buen derecho para adoptar las medidas preventivas, dado el mismo no ha sido solicitado o practicado dentro de la presente investigación, y elaborado bajo una acreditación, certificación o designación de por parte de un organismo evaluador de la conformidad. De igual manera, conforme se desprende del informe económico, no cumpliría con el principio del peligro en la demora o “periculum in mora” toda vez que la falta del buen derecho señalado, no se podrá adoptar una medida preventiva que podría resultar, en esta fase corta de la pre investigación (procedimiento denuncia), más perjudicial que los bienes jurídicos que se pretenden precautelar conforme a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [...]”.*

5.8.- Concordando parcialmente con lo expresado por la IIPD en su informe, ya que efectivamente, si bien es cierto se practicó la prueba de resistencia a la abrasión de humedad, esta no constituye una prueba estándar de control de calidad, además al tratarse de pintura no lavables, no correspondía restregar con un paño húmedo; así mismo la prueba de restregado recién entro en vigencia en abril del 2016. Según se ha manifestado, los informes de laboratorio no constituyen un buen derecho ya que para adoptar las medidas preventivas, dado el mismo no ha sido solicitado o practicado dentro de la presente investigación, lo cual resulta contradictorio con el objetivo de la norma, ya que este tipo de diligencias pueden, incluso, platearse desde 15 días antes de que inicie la investigación, razón por la cual la presentación de un buen derecho es un indicio de él. La autoridad evaluará este indicio y se pronunciará al respecto. En ninguna parte de la ley o la doctrina se señala que las apariencias de buen derecho deban ser practicadas y probadas dentro del proceso investigativo.

5.9.- La otra condición, la relativa al peligro al demorarse en tomar la medida preventiva, “*periculum in mora*”, no aplica en el presente caso ya que no se evidencia un inminente peligro para el orden público, los consumidores o la afectación de la libre concurrencia de los operadores económicos, entonces, mal podría CRPI ordenar la adopción de estas medidas. La adopción de medidas preventivas no impedirían algún acontecimiento inminentemente peligroso para los consumidores o usuarios de estos productos, más bien podría, eventualmente, causar daños al operador económico denunciado.

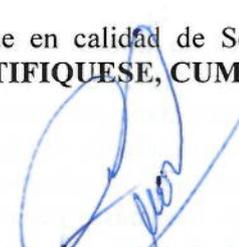
Bajo estas premisas la CRPI considera que con el fin de impedir violación de derechos y evitar posibles daños irreparables a los denunciados y acogiendo lo que manifiesta el penúltimo inciso del artículo 73 del RLORCPM: “No se podrán”. Consecuentemente, adoptar medidas preventivas en el presente caso, podría generar el daño irreparable a los operadores económicos denunciados.

En mérito de los razonamientos que anteceden, la Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de las facultades y atribuciones establecidas en la ley.

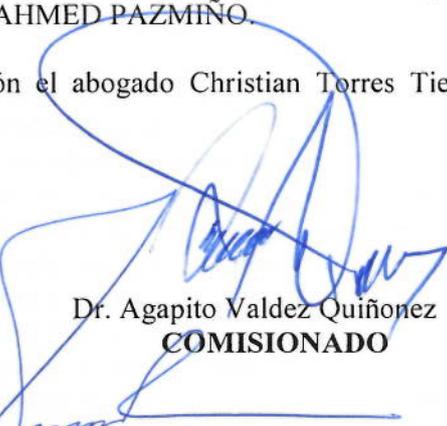
RESUELVE:

1. Acoger la recomendación contenida en el memorando SCPM –IIPD-046-2016-M, de 24 de junio de 2016, el cual contiene adjunto el informe de medidas preventivas N° 12, emitido por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales.
2. Negar la adopción de las medidas preventivas solicitadas por el señor ALEJANDRO AHMED PAZMIÑO, en contra los operadores económicos PINTURAS Y QUIMICOS DEL ECUADOR PYQ S.A. y ADHEPLAST, con fundamento en lo previsto en el artículo 73 literal e) del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.
3. Archivar el expediente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia signado con el Nro. **SCPM-CRPI-2016-030** sobre medidas preventivas solicitadas por el operador económico señor ALEJANDRO AHMED PAZMIÑO.

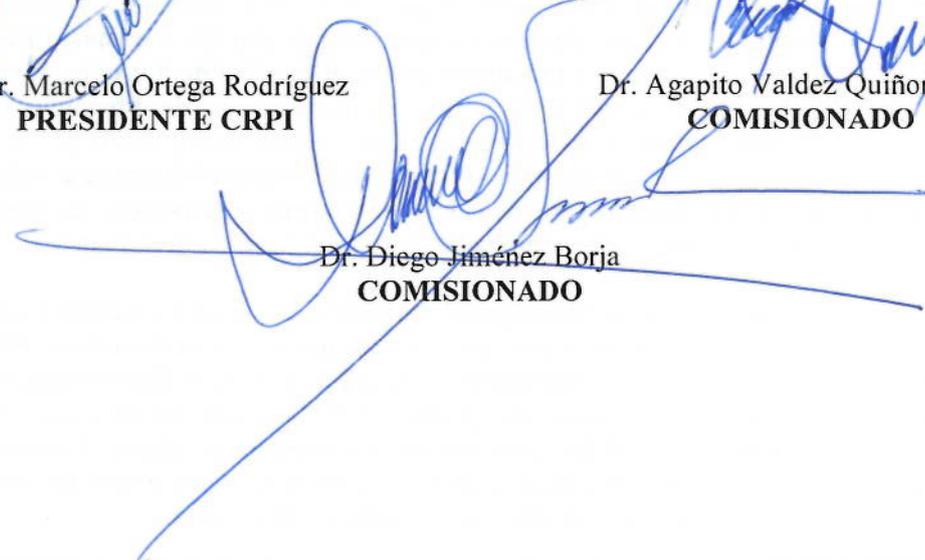
Actúe en calidad de Secretaria de esta Comisión el abogado Christian Torres Tierra.-
NOTIFIQUESE, CUMPLASE.-



Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
PRESIDENTE CRPI



Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO



Dr. Diego Jiménez Borja
COMISIONADO