

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** INICPD
- **Expediente CRPI:** SCPM-IIPD-022-2017
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-013-2019
- **Denunciante:** THAR S.A.
- **Denunciados:** CHEMPLAST DEL SUR y otros
- **Apelante:** THAR S.A

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 02 de agosto de 2019 a las 12h30 **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, en conocimiento del presente recurso de apelación, y en uso de mis facultades legales, considero:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- En virtud de lo dispuesto en los artículos 44 numeral 2; y, 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso de Apelación planteado.-

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.- La tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, no adolece de vicios de procedimiento, ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal; por lo que ésta Autoridad declara la validez del mismo. -

TERCERO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.- El señor Julio Eduardo Hasing Rodríguez, en calidad de Gerente General del operador económico THAR S.A. (THAR), mediante escrito de 21 de mayo de 2019 a las 17h09, ingresado en la Secretaría General de esta Superintendencia con número de trámite ID 133092, interpuso Recurso de Apelación en contra de la Resolución de 18 de abril de 2019, notificada el 22 de abril del mismo año emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (INICPD). El recurrente ha cumplido así con el principio de oportunidad establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), en cuyo artículo 67 dispone: *“Recurso de Apelación o Jerárquico.- Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición. El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo recurrido. (...)”* (las negrillas no son propias del texto).-

CUARTO.- ACTO IMPUGNADO.- El acto impugnado por el operador económico THAR, es la Resolución de 18 de abril de 2019, notificada el 22 de abril del mismo año, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (INICPD), que resolvió negar el Recurso de Reposición en contra de la resolución de archivo de 14 de enero de 2019 a las 17h10, dentro del expediente No. SCPM-IIPD-0022-2017.

QUINTO.- SOBRE LA PRETENSIÓN DEL RECURRENTE.- El señor Julio Eduardo Hasing Rodríguez, en calidad de Gerente General del operador económico THAR, a través de su escrito de apelación solicita a esta Autoridad: “(...) se digne aceptar y conceder el presente recurso de apelación, revocar en su totalidad las resoluciones emitidas el 14 de enero de 2019, las 17h10, y el 18 de abril de 2019, y, consecuentemente, disponga el inicio de la etapa de investigación formal en el presente expediente administrativo”; misma que la basa en las siguientes argumentaciones: a) Que la Intendencia Nacional de Investigación de Prácticas Desleales ha realizado una indebida interpretación de los artículos 25 y 27 de la LORCPM; y, b) Que la Intendencia no ha valorado el daño potencial que podría haberse generado como efecto de la interposición de denuncias abusivas en contra de THAR.

SEXTO.- CONSTANCIA PROCESAL RELEVANTE.- a) De la revisión del expediente administrativo signado con el No. **SCPM-IIPD-0022-2017**, se evidencian las siguientes constancias procesales relevantes: i) Denuncia presentada por el señor Eduardo Hasing Rodríguez, en calidad de Gerente General del operador económico THAR S.A. en contra de los operadores económicos CHEMPLAST DEL SUR S.A., el GRUPO BERLIN, MCNEEL CAPITAL, FMC INTERNATIONAL CORPORATION ingresada en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 07 de noviembre de 2017 a las 11h57 y signada con el número de trámite ID 69184; ii) Providencia de 17 de noviembre de 2017 a las 12h17, por medio de la cual la INICPD dispone al denunciante que aclare la denuncia; iii) Escrito de aclaración y anexos presentados por el operador económico THAR, ingresados en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 22 de noviembre de 2017 a las 16h29, con número de trámite ID 70831; iv) Providencia de 01 de diciembre de 2017 a las 16h50, mediante la cual la INICPD calificó la denuncia presentada y dispuso correr traslado con la misma a los operadores económicos denunciados, a fin de que en el término de quince (15) días presenten sus explicaciones; v) Escrito de explicaciones del operador económico CHEMPLAST DEL SUR S.A., el 27 de diciembre de 2017 a las 15h06, signado con el número de trámite ID 73602; vi) Resolución de Archivo de 14 de enero de 2019 a las 17h10, mediante la cual la INICPD dispone el archivo del expediente de investigación signado con el Nro. **SCPM-IIPD-0022-2017**; b) Del expediente administrativo No. **SCPM-IIPD-0022-2017-R**, se observan las siguientes constancias procesales relevantes: i) Escrito que contiene el Recurso de Reposición presentado por el operador económico THAR ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 12 de febrero de 2019 a las 16h29, con el número de trámite ID 125186; ii) Providencia de 20 de febrero de 2019 a las 15h30, mediante la cual, la Intendenta de Control del Poder de Mercado, avocó conocimiento del expediente de reposición y dispuso correr traslado a las partes con el escrito que contiene el recurso, a fin de que se pronuncien en el término de tres (3) días; iii) Escrito presentado el señor Esteban Pérez Medina, en calidad de abogado patrocinador del operador económico CHEMPLAST DEL SUR, ingresado en la Secretaría General de esta Superintendencia el 27 de febrero de 2019 a las 15h57 signado con número de trámite ID 126224; iv) Resolución de 18 de abril de 2019 mediante la cual se niega el Recurso de Reposición presentado por el operador económico THAR S.A., y se ratifica el archivo; c) Del expediente administrativo signado con el No. **SCPM-INJ-DS-RA-013-2019**, se observan las siguientes constancias procesales relevantes: i) Escrito que contiene el Recurso de Apelación presentado por el señor Julio Eduardo Hasing Rodríguez, en calidad de Gerente

General del operador económico THAR S.A. ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 21 de mayo de 2019 a las 17h09, signado con el número de trámite ID 133092; ii) Providencia de 06 de junio de 2019 a las 17h05 mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado, avocó conocimiento del presente expediente de apelación y solicitó al recurrente ratificar la comparecencia de su abogado patrocinador y señale casillero judicial y/o correo electrónico para efecto de recibir notificaciones; iii) Escrito presentado por el operador económico THAR por medio del cual dio cumplimiento a lo dispuesto en la providencia anterior; iv) Providencia de 14 de junio de 2019 a las 17h13 con la que el Superintendente de Control del Poder de Mercado admitió a trámite el recurso y dispuso correr traslado al operador económico CHEMPLAST DEL SUR S.A. con el escrito que contiene el recurso de apelación a fin de que se pronuncie en el término de tres (3) días; iii) Escrito de alegaciones presentado por el operador económico CHEMPLAST DEL SUR S.A., ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 20 de junio de 2019 a las 10h06, signado con el número de trámite ID 135376.

SÉPTIMO.- NORMATIVA LEGAL APLICABLE.- Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar lo establecido en la norma; así, la **Constitución de la República del Ecuador -CRE-** prevé: "**Art. 75.-** Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley"; "**Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho; m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos"; "**Art. 82.-** El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes."; "**Art. 173.-** Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial"; "**Art. 226.-** Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley (...)" ; "**Art. 227.-** La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.". **La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado** establece: "**Art. 27.- Prácticas Desleales.-** Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: 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”; **Art. 44.- Atribuciones del Superintendente.-** Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley (...) 2. Conocer y resolver de forma motivada los recursos que se interpusieren respecto de actos o resoluciones conforme lo previsto por esta Ley y su Reglamento (...); “**Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.-** Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición (...).”*

OCTAVO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.- Conforme se ha indicado en el acápite quinto de la presente resolución, el operador económico pretende que esta Autoridad revoque la Resolución de 14 de enero de 2019 a las 17h10, y del 18 de abril de 2019, bajo las siguientes argumentaciones:

a) Que la Intendencia Nacional de Investigación de Prácticas Desleales ha realizado una indebida interpretación de los artículos 25 y 27 de la LORCPM, indicando que la investigación debió llevarse a cabo de conformidad con la cláusula general prohibitiva contenida en el artículo 25 de la LORCPM y que la INICPD “(...) **pretende limitar el cumplimiento de sus obligaciones a través de una interpretación restrictiva de sus atribuciones (...)** alegando que la Autoridad administrativa, al conocer una denuncia, **debe limitarse al análisis de los verbos rectores** empleados por el legislador para tipificar una práctica desleal. (...), el señor Intendente Nacional de Investigación y Control Prácticas Desleales **omite considerar la naturaleza especialísima del derecho de la competencia**, que la descripción de conductas en el artículo 27 de la Ley de la materia es **meramente ejemplificativa y no taxativa (...)** es **incorrecto asumir que una práctica desleal solamente se configura a la luz de los verbos rectores consignados en el artículo 27 de la LORCPM (...)**”. Al respecto, para analizar los argumentos presentados por el recurrente es necesario enfatizar que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado es la norma de carácter especial del Derecho de Competencia, dentro de la cual están contempladas las facultades, atribuciones, el ámbito de aplicación, la tipificación de infracciones y conductas anticompetitivas así como el procedimiento de investigación y sanción. Toda vez que la SCPM puede ejercer la potestad punitiva en caso de que llegue a conocimiento de las Intendencias información respecto del presunto cometimiento de prácticas anticompetitivas, éstas tienen la obligación de llevar a cabo una investigación diligente, a través de la ejecución de diversas actividades apegadas a la ley, al debido proceso y al respeto de los derechos de los operadores económicos involucrados, estando impedida de ejercer actuaciones arbitrarias que superen las competencias que la ley le ha otorgado; respecto a este punto, es importante tomar en consideración que la Constitución de la República del Ecuador determina en el artículo 226 que los órganos de la Administración Pública que actúan el ejercicio de la potestad estatal únicamente podrán ejercer “(...) **las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley**”; en esta línea es importante la observancia del principio de legalidad y los límites que éste impone. En virtud de aquello, si bien no se puede negar que el Derecho de Competencia constituye una rama

especializada de la ciencia jurídica, existen principios transversales que son ejes para el ejercicio de las facultades administrativas y que no pueden ser interpretados ni tergiversados por parte de la autoridad, quién durante la tramitación del expediente investigativo debe garantizar el efectivo ejercicio de los derechos de los involucrados, incluidos el derecho a la defensa y a la seguridad jurídica establecidos en los artículos 76 numeral 7 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador. Con relación a lo manifestado en el escrito de apelación de que el artículo 25 de la LORCPM es la norma pertinente para valorar la conducta pues contiene una cláusula general prohibitiva, es de aclarar que la referida norma establece una definición genérica de lo que se debe entender por prácticas desleales; así, para que una práctica sea calificada como desleal, debe encasillarse en las prohibiciones del artículo 26, que de manera textual manifiesta: “**Prohibición.-** *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*”. (Las negrillas no son parte del texto original).

Así, se colige que la prohibición general aludida por el recurrente se refiere al artículo 26, que describe esencialmente dos elementos que no son excluyentes entre sí:

1) Hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten; entiéndase por aquello, al principio de protección que la norma prevé con el fin de apoyar la libertad de los operadores económicos para competir sin restricciones o temores dentro del sistema de mercado; no obstante, no se puede concebir prematuramente el tipo o la forma en que pueda presentarse un acto, hecho o práctica, y que sea nociva a las buenas costumbres y usos honestos en el desarrollo de actividades económicas; sobre este particular Harry Nims manifiesta: “*no existe un índice de actos que constituyan competencia desleal. Ningún profeta ha intentado predecir qué actos serán considerados de competencia desleal en el futuro. Los tribunales reconocen el genio del infractor y declinar definir el fraude, reservándose el derecho de tratar con él, en cualquier forma en que pueda presentarse. El ingenio del competidor desleal es ilimitado por definición. Su campo es amplio y cambiante por siempre. Elude clasificación o definición*”¹ (traducción libre). En virtud de lo expuesto, necesariamente debe considerarse a las prácticas desleales sobre la base de tipos de infracción, ya que el tipo constituye la descripción objetiva respecto de cada una de las conductas que transgreden la ley. En el ordenamiento jurídico, la tipificación de infracciones es una exigencia de carácter constitucional contemplada en el artículo 76 que garantiza la imposibilidad de sancionar a una persona por un acto u omisión que al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción². Este particular ha sido recogido en varias sentencias de la Corte Nacional de Justicia, específicamente la Sala de lo Contencioso Administrativo ha señalado: “*(...) Por otra parte, CÁSSAGNE ha sostenido que el principio de tipicidad es incompatible con las fórmulas genéricas y / abiertas, salvo en el caso de las sanciones disciplinarias, que se admite la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, lo que justifica frente a la imposibilidad de precisa de antemano y en forma detallada los deberes profesionales del agente público, sin que ello excluya la exigencia de concretar, en cada caso, la conducta computable y su conexión*

¹ Nims, Harry D., “*The Law of Unfair Competition and Trademarks*”, New York, 1947, Volumen I, Pag. 14.

² Artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador

con la violación antijurídica de los deberes administrativos “. (Jorge Coviello Pedro, ponencia “Base constitucional de la potestad sancionadora”, *Derecho Administrativo en el siglo XXI*, Adrus D&L Editores, Lima 2013, página 478”³. Se puede afirmar entonces que las infracciones tienen reserva de ley, pues, la tipicidad no puede darse frente a una infracción “general” o “común” debe necesariamente el elemento constitutivo de la infracción consistir en la adecuación del hecho, acto, o conducta que se considere como anticompetitivo al tipo descrito por la ley, pero este tipo o figura no puede ser disperso, debe ser específico, y concreto, asegurando de este modo, que en los procedimientos en los cuales se determinen derechos y obligaciones se asegure el debido proceso, y la tutela. Del mismo modo, los fallos de triple reiteración no son meros actos instrumentales, sino que aseguran la eficacia de la adopción de los criterios esgrimidos, debatidos y aceptados en casos análogos, de ahí su importancia en la aplicación obligatoria de estos preceptos jurisprudenciales que dan contenido al sistema generando seguridad jurídica.

2) Que impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general, o los derechos de los consumidores o usuarios. Así, del escrito que contiene la denuncia presentada por el recurrente y que constituye el acto de proposición que da origen a la investigación de la INICPD, se desprende que la presunta conducta anticompetitiva en la que habría incurrido el operador económico CHEMPLAST DEL SUR corresponde a la contenida en el artículo 27 numeral 9 de la LORCPM, la cual determina lo siguiente: ***“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 (...)”***. (Negrilla fuera del texto original). En primer lugar, se puede evidenciar que los artículos 25, 26 y 27 de la LORCPM no son normas antinómicas que requieran realizar un ejercicio de ponderación respecto de la aplicación de una sobre otra; pues, como se verá más adelante, se complementan entre sí. En segundo lugar, el artículo 27 numeral 9 de la ley, tipifica de manera clara y expresa la conducta desleal, la cual contiene elementos configurativos esenciales y concurrentes que en caso de ser probados, generarían la imposición de una sanción en contra del responsable y que consisten en: i) La prevalencia en el mercado, entendida como una consecuencia del abuso de procesos judiciales o administrativos de un operador económico respecto de su competidor. ii) Que producto de su abuso, adquiera una ventaja competitiva significativa.

Ahora bien, el recurrente en su denuncia ha manifestado: ***“(...) en el caso de las prácticas desleales, lo que la Ley tutela es la forma de relacionamiento de los operadores económicos con los distintos actores que intervienen en la relación concurrencia!. Así pues, estaremos frente a una práctica desleal de abuso de procesos judiciales o administrativos, cuando el ejercicio del derecho de acción y petición resulte “(...) contrario a los usos y costumbres honestos (...)” (...), tal como prevé el artículo 25 de la LORCPM (...)”***; para el análisis de este apartado en relación a los dos elementos configurativos de la conducta anticompetitiva determinada en el artículo 27 numeral 9, y el concepto de práctica desleal

³ Resolución No. 185-2014 – Juicio 02-2011

-93-
cincuenta
7
tres

constante en el artículo 25 de la ley; en la especie, para que el ejercicio del derecho de acción sea considerado contrario a los usos y costumbres honestos, debe impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general, o los derechos de los consumidores o usuarios. Dicho lo cual, la honestidad, entendida dentro del sistema de derecho de competencia es una cualidad de comportamiento en cada eslabón del mercado que se concurre, este proceder consiste en realizar sus actividades de acuerdo a la dinámica establecida por los propios actores en el desarrollo de su ejercicio económico; se refiere entonces a la cualidad humana que muestra un desempeño justo, coherente, e íntegro, respecto de los usos y costumbres en una relación dinámica y equilibrada entre los concurrentes del mercado. Asimismo por ser el abuso de derecho una figura compleja y cuestionada, es necesario diferenciar, el abuso en el ejercicio de proponer procesos judiciales y/o administrativos; y, la declaratoria de malicia o temeridad; lo que atañe a éste organismo de control es el primer supuesto; en tal virtud, no solo se debe observar la existencia de esa ilicitud, sino que, producto de la proposición abusiva de procesos judiciales se haya obtenido una ventaja competitiva; es decir, el enunciado “abusivo” designa de manera inequívoca una actuación exagerada del proponente que va más allá de un ejercicio natural de derechos, que adviene cuando, después de haber transitado sucesivamente por la zona de libre concurrencia en un mercado común, adoptan finalmente una posición exclusoria para otros operadores económicos, creando barreras a través de intervenciones legales o administrativas. De acuerdo con el autor Guillermo Cabanellas de Torres, se entiende por abuso, el mal uso o empleo arbitrario de los actos que, saliendo fuera de los límites impuestos por la razón, la justicia, ataque en forma directa o indirecta las leyes o el interés general. Sáiz de Riaño, sobre el mismo tema sostiene: “(...) *La más clara definición de abuso del derecho y de moderna acogida, consiste en determinar que en los hechos, cualquiera que sea la teoría que se adopte, solo hay abuso de un derecho cuando éste se ejerce de forma dolosa o culposa. (...) Puede también darse un abuso de manera doloso, pero que dicha conducta no esté sancionada por las leyes penales, o por alguna otra ley, es ahí que en base al instituto abuso del derecho se podrá reclamar la reparación del daño causado, y la sanción que correspondiere para aquél que agravio a otro (...)*”.⁴ Por su parte el profesor Castilla manifiesta que el conflicto real existente en el ejercicio de los derechos subjetivos está atado a la sujeción de derechos de terceros, al decir: “(...) *se entra en conflicto con intereses ajenos; no colisiona un derecho subjetivo con derecho subjetivo sino con un interés patrimonial ajeno. Hay un daño relevante jurídicamente (...)*”.⁵ Con base a los conceptos referidos, a prima facie se observa que se han interpuesto varios procesos en contra del operador económico THAR, aparentemente con un objetivo similar; sin embargo, en los procedimientos No. 001-2012-MAGAP-AGROCALIDAD.I.A.; y, No. 914-2012 Dirección Provincial de Salud de Chimborazo - Comisaría de Salud, el denunciante fue el operador económico MFC CORPORATIONS; en el procedimiento No. SCPM-IIPD-2015-006 seguido en la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales de esta Superintendencia, así como en la Acción de Acceso a la Información signada con el No. 17230-2015-16802, han sido accionadas por el operador económico CHEMPLAST DEL SUR

⁴ M. SAÍZ DE RIAÑO. El Abuso del Derecho. Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas y socioeconómicas. Bogotá, 1981. p. 52

⁵ G. ODORQUI CASTILLA. Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2010 p.100

S.A.; y el procedimiento No. SP-2012-12000 (Solicitud de Patente de Invención Nacional en el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI), fue ejercido por el operador económico CHEMPLAST INTERNATIONAL CORP. Como se evidencia los proponentes en uno y otro caso son distintos, sin que llegue a configurarse la conducta denunciada; lo cual tiene relevancia inclusive en lo resaltado en el libelo de la denuncia, ya que se advierte a este organismo que la fabricación del insecticida entraña un proceso sofisticado que no se efectúa en el Ecuador, sino debe ser importado de otros países; identificando que uno de los fabricantes del insecticida más importante a nivel mundial, es la multinacional denunciada FMC INTERNATIONAL CORPORATION, quienes habrían desarrollado hace más de cuarenta años el insecticida BIFENTHRIN o BIFENTRINA. En ese sentido, no se observa que FMC INTERNACIONAL CORPORATION; CHEMPLAST DEL SUR S.A.; y CHEMPLAST INTERNATIONAL CORP., sean una misma empresa, en consecuencia, no podría establecerse como un posible abuso de acciones judiciales o administrativas, cuando se trata de diferentes operadores económicos denunciados, sin que ello merme la posibilidad de que puedan estar accionando dentro de un mismo grupo económico con el fin de favorecerse haciendo uso de posibles prácticas dañinas al mercado y que sean tendientes a obtener permanencia en el mismo. Bajo este análisis considerando que para componer una acción administrativa o judicial, el hecho generador se constituye esencialmente en la afectación directa del denunciante (interés legítimo), y también del interés general. Ello nos conlleva a verificar las actuaciones realizadas en la Intendencia (INICPD) para el esclarecimiento de los hechos en relación a la denuncia, así, en la resolución de archivo, se observa que se ha delimitado preliminarmente al mercado relevante sobre el producto MASTERBATCH con BIFENTRINA y sus sustitutos (MASTERBATCH BANAFLEX, DURFLEX, GARDFLEX, PYRITULENE) comercializados en las provincias de Guayas y El Oro. Identificando en este mercado a los operadores económicos: CHEMPLAST DEL SUR S.A. y THAR S.A., en los años 2015 y 2016. Para la participación del mercado relevante la Intendencia ha manifestado: *“Como se puede ver, este mercado se caracteriza por la presencia de pocos competidores, además de la clara predominancia de Chemplast del Sur S.A. sobre THAR S.A.”* Y en el Análisis del Mercado Relevante se dice: *“En el mercado de las Fundas para cubrir los racimos de bananas se identificó la presencia de varias empresas comercializadoras en el Ecuador, además debido a que la empresa CHEMPLAST DEL SUR S.A. puede ser considerado como competencia desleal se analizará su participación en este mercado. Con base a las ventas registradas ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros las participaciones al año 2016 reflejan que los operadores económicos con mayor participación fueron: Trilex C.A., Supralive S.A., Conaplas, el 49% restante se reparte entre 13 operadores, los cuales adquieren la materia prima tanto de Chemplast del Sur S.A. y THAR S.A.”*

Para efectos de comprobación de la práctica denunciada, la Intendencia analiza también las Participaciones de las Empresas en el Mercado de Fundas Impregnadas con Insecticida (Constante en Gráfico 2 de la Resolución de Archivo). Este ejercicio es de vital importancia, toda vez que, el supuesto que se analiza es el enmarcado en el artículo 27 numeral 9 de la LORCPM, en consecuencia, se debe considerar cual es el mercado en el cual supuestamente se habrían generado las acciones abusivas; a partir de ello, verificar si el operador económico denunciado ha obtenido una ventaja competitiva **significativa**. Al respecto la Intendencia dice:

-54-
cervantes
4.1
walo

"(...) La venta competitiva puede ser definida como "aquel valor diferencial que posee una empresa respecto a otras empresas competidoras, que le hace única, le permite mantener el impacto en el tiempo al ser netamente superior a la competencia y es aplicable a varias situaciones de mercado, rentable para la empresa y costeable para el cliente." (Torreblanca, 2017), sin embargo, en el caso que nos atañe, se debe atribuir la obtención de esta ventaja competitiva al cometimiento de una práctica desleal, mas no a una estrategia lícita de mercado y además demostrar que dicha ventaja haya sido significativa (...)"

Frente a lo expuesto, se observa que la Intendencia analizó las acciones seguidas en contra del operador económico THAR, con el fin de determinar si existe o no una ventaja competitiva, y sostiene: *"(...) el operador económico que refleja los mayores ingresos en el sector es TRILEX, miembro del Grupo Berlín y que utiliza los masterbatch provistos por Chemplast del Sur S.A.. Sin embargo, la tendencia de sus ventas refleja una caída de sus ingresos en los años 2015 y 2016. Por lo tanto, no se aprecia la obtención de una ventaja competitiva real, por parte del operador que estaría directamente relacionado con los denunciados". Finalmente concluye: "Respecto a la tendencia de ventas de los demás operadores económicos en el sector de fundas impregnadas con insecticidas se observa una tendencia similar en los ingresos de estos operadores económicos, en el periodo 2012-2016. En el mercado aguas arriba de fundas impregnadas con bifentrina constituido por los operadores económicos Chemplast del Sur S.A. y THAR S.A. no se observa la obtención de una ventaja competitiva significativa por parte del operador económico Chemplast del Sur S.A. atribuible a la presunta práctica desleal de violación de normas denunciada".*

En el abuso de procedimientos como conductas anticompetitivas, el catedrático Robert H. Bork, argumenta: *"Predation by abuse of governmental procedures, including administrative and judicial processes, presents an increasingly dangerous threat to competition. Antitrust law is beginning to catch up with it, but the criteria to govern this field are not yet fully formulated". Traducción libre.- "(...) La depredación por abuso de procedimientos gubernamentales, incluidos los procedimientos administrativos y judiciales, presenta una amenaza cada vez más peligrosa para la competencia. La ley antimonopolio está empezando a alcanzarla, pero los criterios para gobernar este campo no están completamente formulados (...)"*⁶.

En doctrina, se ha observado, que la utilización de acciones judiciales y administrativas en perjuicio de terceros no es un tema extraño, en tal sentido, *"(...) en el Derecho norteamericano primero, y luego en el Derecho europeo, surgieron instituciones como la sham litigation (litigación fraudulenta) o litigación vejatoria como forma de enfrentar y lidiar con el ejercicio de solicitudes a la Administración y/o al Poder Jurisdiccional, con fines espurios a la finalidad ordinaria de las acciones y solicitudes (...)"*⁷. En síntesis, la LORCPM, previene y evita las prácticas abusivas y desleales de un operador económico frente a sus competidores, lo cual se encuentra en plena armonía con el mandato constitucional dispuesto en el artículo 393, el cual promueve una cultura de paz; por lo cual, para la delimitación del acto cuestionado en este

⁶ Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox, A Policy at War with itself*, (The Free Press, 1993), p. 347.

⁷ Centro de Regulación y Competencia. "Informe en Derecho. Abuso de Procedimientos y Competencia Desleal en materia de Propiedad Industrial e Innovación" Universidad Chile. Web <file:///C:/Users/maria.avevalo/Downloads/abuso%20de%20procedimientos%20y%20competencia%20desleal%20en%20materia%20de%20propiedad%20industrial%20e%20innovacion.pdf>

recurso, se observó si la infracción denunciada contenía los elementos constitutivos de su tipo, así pues, se observa que la Intendencia analizó lo dicho, por lo cual, esta Autoridad considera que la actuación sobre el método de análisis utilizado por la INICPD respecto del artículo 27 numeral 9 de la LORCPM, está apegado al espíritu de la norma, pues caso contrario, se incurriría en una actuación arbitraria el realizar un análisis adicional a los elementos constitutivos de la conducta, lo que implicaría una violación al debido proceso, las potestades administrativas y principio de tipicidad de la infracción.

b) Que la Intendencia no ha valorado el daño potencial que podría haberse generado como efecto de la interposición de denuncias abusivas en contra de THAR. Al respecto, y como ya se ha mencionado, la configuración de la conducta denunciada no se agota con la interposición de acciones judiciales y administrativas, pues se requiere demostrar que éstas hayan sido el resultado del abuso del ejercicio de sus derechos y deben concurrir los demás elementos configurativos de la conducta, y en este caso, debe existir un efecto real traducido en una ventaja competitiva que supere cualquier tipo de perjuicio individual. Ahora, a fin de analizar si se puede producir un daño potencial en el mercado por la interposición abusiva de acciones judiciales o administrativas, sin perjuicio de lo analizado en párrafos anteriores, primero debe haberse configurado ese abuso; el cual no existe, esta carencia deja de lado la posibilidad de que el solo hecho de proponer alguna acción haya excluido a uno o varios operadores económicos supuestamente afectados por el acoso del denunciado, peor aun cuando las diferentes acciones han sido ejercidas por distintas personas jurídicas, así hayan sido patrocinadas por el mismo estudio jurídico. Adicionalmente, el bien jurídico protegido en Derecho de Competencia, es la libre concurrencia en el mercado, manteniendo el equilibrio y el bienestar general; no obstante, al identificar estas conductas perniciosas hay que verificar que la afectación no recaiga directamente a particulares, puesto que, en ese caso, no se podría tutelar sus derechos en esta materia del Derecho, sin que ello restrinja la posibilidad de ejercitarlo en la vía y ante la autoridad competente. Al respecto, el doctor Carlos Molina expone: *“en un caso (defensa de la competencia), el interés “directamente” protegido será el mercado y la posibilidad de competencia (y la tutela del interés económico general), aun cuando los intereses mediatos sea los intereses de los competidores y consumidores; en el otro (competencia desleal), la tutela atañe directamente a los competidores con independencia de la distorsión que dichas conductas desleales puedan generar en el ámbito concurrencial. Lo que no quiere decir que no pueda existir un radio de aplicación conjunta, en la cual un agente económico haya quebrantado los principios de ambas normativas. Pero para ello, el acto de competencia desleal debe haber tenido la entidad suficiente para producir un injustificado desplazamiento de la competencia”*⁸ (El subrayado me pertenece). Así, de la revisión de las constancias procesales se evidencia en la Resolución de 18 de abril de 2019: *“(…) En tal virtud, esta INICPD en su resolución consideró que la práctica de competencia desleal por violación de normas no cumplía con los requisitos establecidos en la Ley, en tal virtud, de considerar que las actuaciones denunciadas por la hoy recurrente le habrían producido un daño –como el costo del patrocinio legal- este daño corresponde únicamente a una afectación particular que no se encuentra protegido en la LORCPM (...)”*; de igual forma, en la Resolución de 14

⁸ Molina Sandoval, Carlos Alberto. “Sham litigation en el régimen de competencia desleal” Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa. Año IV. No. 5. 2013. Pág. 11.

de enero de 2019 a las 17h10 por medio de la cual se dispuso el archivo de la investigación, se evidencia: “(...) *Así también, en la denuncia y posterior aclaración, THAR expresamente manifiesta que el perjuicio o afectación de la que pudo ser víctima, es propia; sin embargo, en el texto de su denuncia no expresa cuál es la ventaja competitiva significativa que pudo haber reportado el denunciado; contrario sensu, como medio de prueba presentó las facturas de sus abogados patrocinadores en el procedimiento que años atrás presentó CHEMPLASR DEL SUR S.A. ante la SCOM por presuntas prácticas anticompetitivas, THAR mantiene que los gastos generados por la defensa de sus derechos generó un impacto económico a su capital, aun cuando del análisis económico se desprende que el operador económico mantiene un pequeño crecimiento en el mercado en el periodo de los presuntos abusos administrativos y judiciales en su contra (...)*”. En vista de lo expuesto, se descarta que exista una afectación al bienestar general, cuestión que ha sido confirmada por el recurrente al afirmar en su recurso de apelación que: “(...) *a pesar de que CHEMPLAST DEL SUR presenta una reducción de participación y de ventas (...) puede tener su causa en la falta de capacidad competitiva (...), no implica que la conducta que deslealmente se implementó, no hubiera podido tener un efecto potencialmente devastador para el mercado, de haber tenido éxito*” (...). En el presente caso, la norma constitutiva de la conducta determinada debe analizarse en su efecto actual y real, que desemboque en la conclusión de que, la estabilidad del mercado por la imposición de acciones abusivas judiciales o administrativas, haya sido alterada y pueda aumentar el riesgo potencialmente, y seguir perjudicando a las estructuras y estamentos del sistema de mercado afectado, pero aquello no sucede en la presente causa, pues no existe conducta anticompetitiva.

En consecuencia, el principio de tipicidad establecido en el numeral 3 del artículo 76 de la Norma Constitucional, garantiza el derecho a la defensa y la seguridad jurídica de los administrados, pues de éste se desprende el respeto a la imparcialidad que impide discrecionalidades de las autoridades resolutorias, obligándolas a observar el encasillamiento de los hechos, acciones y omisiones de los presuntos infractores en los presupuestos de la norma; en el presente caso, los tipos de las infracciones administrativas y de las conductas anticompetitivas previstas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, poseen elementos constitutivos taxativos que deben concurrir para su existencia.

Para concluir, los operadores económicos denunciados en el procedimiento de investigación, aparentemente podrían estar vinculados u operar dentro de un mismo grupo económico, lo cual no implicaría por sí solo, el cometimiento de una conducta anticompetitiva, no obstante, al ser el mercado en cuestión un sector de competencia directa de varios operadores que suministran bienes y servicios agrícolas o relacionados con este sector; con el fin de evitar, y prevenir la posible realización de prácticas anticompetitivas, se dispone notificar con el contenido de esta resolución a la Intendencia General Técnica, con la finalidad de que sopesen la pertinencia del inicio de un estudio en el cual se identifique la naturaleza dinámica de la competencia impuesta por los operadores económicos inmersos en este tipo de actividades, los eslabones en los que intervengan y los demás elementos que consideren relevantes.

NOVENO.- Por todo lo expuesto, existiendo mérito suficiente para resolver, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76, 82 y 173 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2 y artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control

del Poder de Mercado, esta Autoridad.- **RESUELVE: PRIMERO.- NEGAR** el Recurso de Apelación planteado por el señor Julio Eduardo Hasing Rodríguez, en calidad de Gerente General del operador económico THAR S.A. ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 21 de mayo de 2019 a las 17h09, en consecuencia ratifica la resolución de 18 de abril de 2019, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (INICPD), dentro del Recurso de Reposición No. SCPM-IIPD-0022-2017-R.-

DÉCIMO.-Notifíquese con el contenido de la presente resolución a las partes procesales, al órgano de investigación, a la Intendencia General Técnica, y a la Intendencia de Abogacía de la Competencia. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**



Dr. Danilo Sylva Pazmiño
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO



Ab. Belén Arévalo
SECRETARIA AD-HOC