

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales
- **Expediente Intendencia:** SCPM-IIPD-2015-006
- **Expediente Apelación:** SCPM-IIPD-2015-006-A-007-2016-DS
- **Denunciante:** CHEMPLAST DEL SUR S.A.
- **Denunciado:** THAR S.A.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 05 de septiembre de 2016, a las 11h40.- **VISTOS.-** En mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme lo acreditó con el acta de posesión ante el Pleno de la Asamblea Nacional de fecha 06 de septiembre de 2012, cuya copia certificada se encuentra agregada al expediente, en uso de mis atribuciones legales, estando el proceso para resolver, **SE CONSIDERA: PRIMERO.- INCORPORACIÓN DOCUMENTAL.-** Agréguese al proceso el escrito prestado por el señor Julia Eduardo Hasing Rodríguez en calidad de Gerente General y representante legal de la compañía THAR S.A., de 29 de julio de 2016, mediante el cual solicita rechazar el Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico CHEMPLAST DEL SUR S.A.- **SEGUNDO.- COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en el Art. 41 numeral 2 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 interpuesto. **TERCERO.- 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 esta Autoridad declara la validez del mismo. **CUARTO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-** El recurrente CHEMPLAST DEL SUR S.A. ha presentado recurso de apelación, mediante escrito de 30 de mayo de 2016, en contra del acto administrativo de 27 de abril de 2016, expedido por el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, en el cual se dispone el archivo del expediente; es decir, dentro del término legal, cumpliendo así el principio de oportunidad garantizado en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 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 del 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. Transcurrido dicho término sin haberse interpuesto el recurso, el acto administrativo será firme para todos sus efectos. El recurso se concederá solo en el efecto devolutivo. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de 60 días calendario. Contra el acto o resolución que conceda o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa".* **QUINTO.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-** El acto administrativo impugnado es el expedido el de 27 de abril de 2016, expedido por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales (IIPD), en el cual se resuelve; *"Tercero.- No existiendo mérito para la prosecución de la insinuación del procedimiento, y de conformidad con lo previsto en el artículo 57 de la LORCPM, se ordena el archivo del presente expediente. (...)".* **SEXTO.- PRETENSIONES DEL RECURRENTE.-** El recurrente CHEMPLAST DEL SUR S.A., mediante escrito de 20 de mayo de 2016, interpona Recurso de Apelación en contra del acto administrativo de 27 de abril de 2016, expedido por la IIPD, y solicita: *"(...) Declare la nulidad de la Resolución porque comete errores de hecho y de derecho. 2. Declare la nulidad de la Resolución porque no cumple con el deber constitucional de motivar la explicación adecuada de las infracciones*

acusados. 3. Revocar la Resolución, particularmente en todo aquello que implica una insinuación o acusación sin sustento en contra de la compañía denunciante. Una vez se revoque o se declare la nulidad de la Resolución, solicitamos que: 4. Se continúe con la investigación y se confirme que THAR violó normas que rigen la importación y posterior comercialización de materias primas y productos finales impregnados con plaguicida sujetos a control, concurren al mercado y obtuvo una ventaja significativa; 5. Se confirme que existe un evidente daño al interés general y a los derechos de los consumidores que se refleja en la violación a normas aduaneras, societarias, tributarias, de salud y de aseguramiento de la calidad del agro. 6. Se emita informe final que recomiende la sanción a THAR por violación del artículo 27.9 de la LOM (sic) (...).

(...) "SEPTIMO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.- Arrendiendo el Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico recurrente se realizan las siguientes consideraciones procesales: a) Con fecha 22 de enero de 2015, CHEMPLAST DEL SUR presenta una denuncia en contra de THAR S.A., en la cual pone en conocimiento que la compañía THAR S.A. ha incurrido en lo prescrito en el Art. 27, numeral 9, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), es decir, el falsamiento del régimen de competencia, mediante su prevalencia y/o concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes y que ha generado para el infractor una ventaja significativa al operador económico. b) Providencia de 05 de febrero de 2016, con la cual se califica la denuncia, se admite a trámite y se dispone correr traslado al denunciado otorgándole 15 días término a fin de que presente sus explicaciones. c) Mediante memorando SCPM-IIAPMAPR-055-2015 de 06 de febrero de 2015, suscrito por el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales se remite al Intendente General el informe No. SCPM-IIAPMAPR-029-2015, de 04 de febrero de 2015, en el que se concluye que la conducta está fuera de la competencia de la IIAPMAPR, siendo configurada como práctica desleal. d) Con Informe del expediente elaborado por Director Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, se recomienda el archivo del proceso en razón de que se ha presentado una denuncia por conductas similares y esta se ha archivado por considerar que no se trata de competidores directos en el mercado, sin embargo se recomienda iniciar una investigación de oficio. e) Con providencia de 27 de marzo de 2015 se dispone correr traslado a THAR S.A., con la denuncia presentada puesto que por un error la notificación no se llegó a realizar. f) El 22 de abril de 2015, el operador económico THAR S.A., presenta sus explicaciones y en lo principal alega, que el denunciante ha presentado un sin número de acciones en contra de THAR; CHEMPLAST produce Masterbach mezola de plástico e insecticida mueros delicado, pero no es apta para fines agrícolas por cuanto no se puede aplicar directamente al humano, por tanto su uso es de materia prima; las normas que rigen la materia no exigen registro en AGROCALIDAD para materia prima; no se ha comprobado específicamente que exista violación de norma; el costo de 3'000.000 corresponde a la investigación y desarrollo de la molécula de insecticida y no al proceso de fabricación del Masterbach. la molécula es adquirida por THAR y CHEMPLAST a un tercero; THAR ha obtenido pruebas toxicológicas de su producto; CHEMPLAST forma parte de la cadena productiva con la empresa matriz; el abuso de acciones judiciales y administrativas ha sacado del mercado a un tercer operador económico. Mediante alcances al escrito de explicaciones de 28 de abril de 2015, agrega además, entre otras cosas que el denunciante de la comprobada el interés legítimo. g) Con fecha 07 de mayo de 2015 la IIDP expide el informe de inicio de investigación, en el cual se resuelve el inicio de la investigación por 180 días, por cuanto se presume la existencia de una posible violación a las normas nacionales e internacionales vigentes relacionadas con el registro de plaguicidas de uso agrícola. Se dispone además remitir una copia del informe a la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (IIAPMAPR), a fin de que se analice la pertinencia de disponer una investigación de oficio en contra de varios operadores entre ellos el denunciante. h) En providencia de 21 de mayo de 2015 la IIDP resuelve ordenar el inicio de la investigación en contra del operador económico Magreb y la acumulación del expediente

SCPM-IIPD-2015-006 al SCPM-IIPD-2014-056. i) El 30 de octubre de 2015, la IIPD dispone dejar sin efecto la resolución de 21 de mayo de 2015 y el desglose de los expedientes No. SCPM-IIPD-2015-006 y SCPM-IIPD-2014-056. j) Mediante providencia de 30 de octubre de 2016, dispuesto ya el desglose del expediente la IIPD dispone, ampliar la investigación por el plazo de 180 días y considerar en la presente investigación a varios operadores económicos, entre ellos CUEMPLAST DEL SUR y MAGREB S.A. k) Informe de Resultados de 27 de abril de 2016, mediante el cual la IIPD resuelve, "(...) Segundo.- Acoger el Informe Jurídico y Económico en relación a las conductas investigadas en el expediente SCPM-IIPD-2015-006, presentado por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, de conformidad con el contenido del presente informe de resultados. Tercero.- No existiendo mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, y de conformidad con lo previsto en el artículo 57 de la LORCPM, se ordena el archivo del presente expediente. (...)". Con respecto a las actuaciones procesales, esta autoridad considera que no es pertinente ahondar en el tema, puesto que cada actuación ha sido notificada de forma oportuna a las partes, quienes han ejercido su derecho de contradicción, el que ha sido atendido por el órgano de investigación en el momento procesal pertinente. Con respecto al acto administrativo impugnado se establece, la Constitución de la República en su art. 213 manifiesta, "Art. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos 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. Las superintendencias actuarán de oficio u por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley.(...)"; en este contexto la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), en su art. 1 establece, "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 Art. 5 a la letra reza, "Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. (...)"; el Art. 25 ibidem dice, "Art. 25.- Definición.- Se considera desleal a todo hecho, acto u práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. (...) la determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley. (...)"; el Art. 26 de la LORCPM establece, "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. (...)"; de lo anotado se establece que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) está investida de facultad suficiente para instruir un proceso de investigación, sea a petición de parte o de oficio y para ampliar esta investigación, por tanto la ampliación de la fase investigativa a los demás operadores económicos se encuentra debidamente amparada en la normativa que rige la materia, sin embargo y sobre la conclusión referida por el apelante con respecto a los operadores económicos

BANACOR, BANAPLAST, CONAPLAST, EXPOPLAST, LNPLASBAN, PLAMAPLAST, PLASCA, PLASTIQUITR, RABC S.A, SUPRALIVE, TRILEX, ADAMA ANDINA B.V. Y MAGREB S.A., se ha establecido la posibilidad o presunción del cometimiento de una práctica desleal, cuyo estudio corresponde al órgano de investigación, sin que por esto se esté determinando responsabilidades a las empresas referidas, lo cual de ninguna forma puede ser considerado como trato discriminatorio o atentatorio contra los derechos subjetivos de los investigados. Con respecto a la sugerencia constante en el informe de resultados, para que la SCPM emita una recomendación a fin de que se regule el mercado de suministros de plaguicidas químicos, no se puede considerar que sea atentatoria a los derechos del denunciante, ya que de emitirse y acogerse sería de forma general para todos los operadores económicos en igualdad de condiciones; sin embargo de la revisión del acto administrativo no se verifica que se haya incorporado esta orden procesal. Atendiendo la observación respecto de la recomendación de remitir informe a la Intendencia de Investigación de Abuso y Control de Concentraciones, se debe establecer que el proceso de investigación llevado a cabo por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, por intermedio de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales estuvo encaminado a indagar si efectivamente el operador económico ha incurrido en la conducta tipificada en el artículo 27 numeral 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, sin que por esto, se vean limitadas las facultades legales de la SCPM, entidad que, a través de sus órganos competentes, pretende asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados, eliminando el abuso de poder de mercado, acuerdos y prácticas restrictivas, conductas desleales, con la finalidad de lograr el bienestar general de los consumidores y usuarios; bajo esa premisa el hecho que se recomienda remitir una copia del informe a otra u otras Intendencias de Investigación de la institución no genera una afectación al operador económico, quien de conformidad a lo establecido en el Art. 50 de la LORCPM tiene la obligación de colaboración con la SCPM y sus órganos de investigación; aún más si esta recomendación no ha sido acogida en la resolución final. En lo que respecta a la actuación de Abogado Christian Hermosa, esta autoridad no se pronuncia por cuanto la conducta del profesional frente a sus clientes, no le corresponde conocer a esta autoridad. De la revisión del Informe expedido por la Dirección Nacional de Prácticas Desleales se debe establecer que se ha determinado el mercado relevante en estudio en el presente caso, se ha identificado dos mercados, el primero el de fundas plásticas impregnadas con bifetrina; y, el segundo, el que corresponde a la elaboración de los masterbatch con bifetrina, en el que participan tanto denunciante como denunciado, quienes según la constancia procesal analizada en todo el expediente no requerían de registro en AGROCALIDAD para expendir y comercializar el producto que se cataloga como insumo del producto final; por tanto no se ha verificado que exista ventaja competitiva que pueda alterar de manera significativa real o potencial la eficiencia del mercado, por cuanto no se determina violación de norma para materia prima, de conformidad con el Art. 24 de la Resolución 173 de AGROCALIDAD de 10 de septiembre de 2012. Con respecto a la falta de motivación del acto administrativo de 27 de abril de 2016 expedido por la Intendencia de Prácticas Desleales, se establece que de conformidad a lo establecido en el Art. 76, literal D), de la Constitución de la República, este se encuentra debidamente motivado, pues expresa los fundamentos fácticos y legales que llevan a la decisión de la autoridad, así para el tratadista Agustín Gordillo, en su obra "Derecho Administrativo" Tomo III, la motivación es "(...) una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación, o sea los motivos o presupuestos del acto; constituya por lo tanto la fundamentación fáctica y jurídica con la que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento (...)". **OCTAVO.-** Por todo lo expuesto, amparado en las disposiciones del Art. 44, numeral 2 y Art. 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 Dr. Luis Marín Tobar Subta, en calidad de abogado

patrocinador de la compañías CHEMPLAST DEL SUR S.A., mediante escrito de 20 de mayo de 2016, en consecuencia ratificar el acto administrativo de 27 de abril de 2016 (mediante el cual se dispuso el archivo del expediente No. SCPM-IIPD-2015-006), expedido por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales.- **Segundo.-** Póngase en conocimiento de lo actuado a las partes procesales y al órgano de sustanciación e investigación.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**


Pedro Páez Pérez
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO


Dra. Naraya Tobar
SECRETARIA AD-HOC

