



**INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS
DESLEALES.-**

Expediente No. SCPM-IGT-INICPD-006-2020

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-
INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS
DESLEALES.-** Quito D.M., 16 de julio de 2020, las 16h00.-

VISTOS.- En mi calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-0110-2019-A, de 22 de marzo de 2019, en uso de mis facultades legales, dentro del presente expediente de investigación, realizo las siguientes consideraciones:

PRIMERO.- ANTECEDENTES.-

- 1) La denuncia y anexos presentados por Oscar Vela Descalzo, en calidad de Apoderado Especial y Procurador Judicial de la Asociación de Productores y Exportadores de Flores del Ecuador EXPOFLORES, el día 22 de enero de 2020, las 16h02, con ID 155074, por el presunto cometimiento de violación de normas, conducta contenida en el número 9 del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM).
- 2) La providencia, emitida por esta Intendencia el día 05 de febrero de 2020, las 14h00, en cuya parte pertinente dispuso: *"esta Intendencia previo avocar conocimiento y proveer lo que en derecho corresponda, dispone al operador económico Asociación de Productores y Exportadores de Flores del Ecuador EXPOFLORES, que dentro del término de tres días, contados a partir de la notificación con esta providencia, ACLARE Y COMPLETE, su denuncia en las letras c), d) f) y g) del artículo 54 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado"*.
- 3) El escrito y anexos presentados por Oscar Vela Descalzo, en calidad de Apoderado Especial y Procurador Judicial de la Asociación de Productores y Exportadores de Flores del Ecuador EXPOFLORES, el día 10 de febrero de 2020, las 16h42, con ID 156629, mediante el cual aclaró y completó la denuncia.
- 4) La providencia, emitida por esta Intendencia el día 13 de febrero de 2020, las 16h00, en cuya parte pertinente dispuso: *"córrase traslado con el contenido de la denuncia y anexos, la providencia de 05 de febrero de 2020, las 14h00, así como también con el escrito y anexos mediante el cual aclara y completa la denuncia, al señor THOMAS ERICH FRANKE (...), para que, en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación con la presente providencia, el denunciado presente sus explicaciones"*.
- 5) El escrito y anexos presentados por Andrés Larrea, en calidad de Apoderado Especial y Procurador Judicial de la Asociación de Productores y Exportadores de



Flores del Ecuador EXPOFLORES, el día 19 de febrero de 2020, las 13h01, con ID 157463.

- 6) Cuestionario Nro. 1 Agencia de Regulación y Control Fito Zoosanitaria, Cuestionario Nro. 2, Operadores Económicos, Cuestionario Nro. 3 Servicios Nacional de Derechos Intelectuales y Cuestionario Nro. 4 Servicio de Rentas Internas.
- 7) La providencia, emitida por esta Intendencia el día 27 de febrero de 2020, las 10h45, mediante la cual dispuso agregar los cuestionarios No. 001; 002; 003; y, 004, con los cuales solicitó información a la Agencia de Regulación y Control Fito y Zoosanitaria (AGROCALIDAD), al señor Thomas Erich Franke con nombre comercial "TUTTO FIORI", al Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI), al Servicio de Rentas Internas (SRI), al Ministerio de Trabajo (MDT); y, al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS).
- 8) El Oficio Nro. SENADI-DNOV-MA-2020-0076-OF y anexos, ingresados por el Servicio Nacional de Derecho Intelectuales el día 09 de marzo de 2020, las 16h53, con ID 159027.
- 9) La providencia, emitida por esta Intendencia el día 13 de marzo de 2020, las 12h45, mediante la cual clasificó información confidencial; además insistió con las solicitudes de información de los cuestionarios.
- 10) La providencia, emitida por esta Intendencia el día 16 de marzo de 2020, las 16h00, mediante la cual agregó la Resolución No. SCPM-DS-2020-14, de 16 de marzo de 2020, emitida por el señor Superintendente que dispuso la suspensión de plazos y términos, que en su artículo 1 establece:

Artículo 1.-Suspender el cómputo de los plazos y términos de los procedimientos administrativos e investigativos que inicien o que se encuentren en trámite en los distintos órganos de investigación, sustanciación y resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, desde el lunes 16 de marzo de 2020, inclusive por el tiempo que dure la declaratoria sanitaria o, se resuelva la derogatoria de la presente Resolución."
- 11) Extracto no confidencial de la información constante en el anexo del escrito de fecha 19 de febrero de 2020, firmado el con ID anexo 278727, presentado por el operador económico ASOCIACIÓN DE PRODUCTORES Y EXPORTADORES DE FLORES DEL ECUADOR EXPOFLORES – EXPOFLORES.
- 12) La providencia, emitida por esta Intendencia el día 08 de julio de 2020, mediante la cual informó el levantamiento de la suspensión de los tiempos conforme a la Resolución No. SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020, así también agregó y solicitó varias actuaciones realizadas.
- 13) El oficio Nro. 917012020OSTN000803 y anexos, ingresados por el Servicio de Rentas Internas el día 11 de mayo de 2020, las 15h36, con ID 161967.



- 14) Las copias certificadas del oficio Nro. AGR-AGROCALIDAD/DAJ-2020-000029-OF y anexos, ingresado por el Director General de Asesoría Jurídica de la Agencia de Regulación y Control Fito y Zoosanitario.
- 15) La providencia, emitida por esta Intendencia el día 13 de julio de 2020, mediante la cual clasificó información confidencial, así también concedió la prórroga solicitada por el Ministerio de Trabajo.
- 16) Extracto no confidencial de la información constante en el anexo del Oficio Nro. 917012020OSTN000803, signado el con ID anexo 287365, ingresado por el Servicio de Rentas Internas.
- 17) Extracto no confidencial de la información constante en los anexos del Oficio Nro. AGR-AGROCALIDAD/DAJ-2020-000029-OF, signados con los ID anexos 293327 y 293328, ingresado por el Servicio de Rentas Internas.
- 18) Las copias certificadas del oficio Nro. MPCEIP-SPE-2020-0034-O y anexos, ingresado por el Subsecretario de Promoción de Exportaciones del Instituto de Promoción de Exportaciones e Inversiones PRO ECUADOR.
- 19) La providencia, emitida por esta Intendencia el día 15 de julio de 2020, mediante la cual se agregó extractos no confidenciales y se clasificó información confidencial.
- 20) Extracto no confidencial de la información constante en el anexo del Oficio Nro. Nro. MPCEIP-SPE-2020-0034-O, signado con el ID anexo 293885, ingresado por el Instituto de Promoción de Exportaciones e Inversiones PRO ECUADOR.
- 21) La providencia, emitida por esta Intendencia el día 16 de julio de 2020, mediante la cual se agregó extracto no confidencial.

SEGUNDO.- COMPETENCIA.-

• Constitución de la República del Ecuador (CRE)

El primer inciso del artículo 213 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) establece:

“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 o 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.”

El artículo 226 *ibidem*, determina que:



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. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

• Ley Orgánica de Regulación del Control del Poder de Mercado (LORCPM)

El artículo 1 de la LORCPM dispone:

“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 primer inciso del artículo 2 de la LORCPM establece:

“Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional”.

El primer inciso del artículo 3 de la LORCPM correspondiente al principio de primacía de la realidad determina:

“Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos”.

Los numerales 2, 5, 6 y 10 del artículo 4 de la LORCPM, que establece los lineamientos para la regulación y principios para la aplicación determinan:

[...] 2. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular.

[...] 5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado.

6. El establecimiento de un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre concurrencia.

[...] 10. La necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes. [...]



El artículo 5 ibídem establece que:

A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

El artículo 25 de la LORCPM establece:

Definición.-Se considera desleal a todo hecho, acto o 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 expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras.

Para la definición de usos honestos se estará a los criterios del comercio nacional; no obstante, cuando se trate de actos o prácticas realizados en el contexto de operaciones internacionales, o que tengan puntos de conexión con más de un país, se atenderá a los criterios que sobre usos honestos prevalezcan en el comercio internacional.

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.

Las sanciones impuestas a los infractores de la presente ley no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios que corresponda de conformidad con las normas del derecho común, así como la imposición de sanciones de índole penal, en caso de constituir delitos.

Se aplicará las sanciones previstas en esta ley, siempre que la práctica no esté tipificada como infracción administrativa con una sanción mayor en otra norma legal, sin perjuicio de otras medidas que se puedan tomar para prevenir o impedir que las prácticas afecten a la competencia.

La protesta social legítima, en el ámbito exclusivo de esta Ley, no será, en ningún caso considerada como boicot."

El artículo 26 de la mencionada norma legal ordena:

"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.

Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los



consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia”.

El artículo 27, particularmente, en el numeral 9 de la LORCPM establece:

“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.

La potestad de este órgano administrativo para conocer e iniciar una investigación por el posible cometimiento de prácticas desleales se fundamenta en el artículo 56 de la LORCPM, que determina:

Vencido el término señalado en el artículo anterior, el órgano de sustanciación deberá pronunciarse sobre el inicio de la investigación en el término de diez días. Si estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en esta ley, mediante resolución motivada ordenará el inicio de la investigación, señalando el plazo de duración de la misma, plazo que podrá ser ampliado si fuere necesario...

• Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (RLORCPM)

El artículo 62 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM que dispone:

Vencido el término para que el presunto o presuntos responsables presenten explicaciones, si el órgano de investigación estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en la Ley, emitirá, en el término de diez (10) días, una resolución debidamente motivada en la que dará por iniciada la etapa de investigación y establecerá su plazo de duración que no podrá exceder de ciento ochenta (180) días, prorrogables hasta por ciento ochenta (180) días adicionales por una sola vez.

• Instructivo de Gestión Procesal de la SCPM

El Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en el artículo 8 determina:

“Art. 8.- De la denuncia...

...El Intendente en diez (10) días hábiles de recibido el documento deberá pronunciarse mediante providencia por el inicio de la fase tres (3) denominada de investigación o por el archivo de la denuncia, terminando así con la fase de investigación preliminar.

En caso de que se resuelva el inicio de la fase de investigación, en la misma providencia se dará inicio a la fase tres (3)...

Por lo expuesto conforme la normativa señalada, esta Intendencia tiene la competencia para emitir la presente resolución.

TERCERO.- VALIDEZ PROCESAL.-

Una vez revisada la tramitación del presente expediente, esta Intendencia verifica que no se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución de la causa, por lo que declara su validez.

CUARTO.- DETERMINACIÓN DEL DENUNCIADO

El señor Thomas Erich Franke, en calidad de denunciado, con Registro Único de Contribuyentes No. 1708650443001, de nombre comercial TUTTO FIORI, domiciliado en calle Claveles y Nardos casa N° 1 cantón Cayambe, provincia de Pichincha, conforme consta en la denuncia.

QUINTO: LA CONDUCTA OBJETO DE INVESTIGACIÓN, LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS BIENES O SERVICIOS QUE ESTARÍAN SIENDO OBJETO DE LA CONDUCTA, LOS BIENES O SERVICIOS SIMILARES PRESUNTAMENTE AFECTADOS, LA DURACIÓN DE LA CONDUCTA, LA IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES, SU RELACIÓN ECONÓMICA EXISTENTE CON LA CONDUCTA, LA RELACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE PRUEBA PRESENTADOS.-

5.1.- La conducta objeto de la investigación.-

De acuerdo con la denuncia presentada por el operador económico **Asociación de Productores y Exportadores de Flores del Ecuador EXPOFLORES** (en adelante **EXPOFLORES**), por medio del apoderado especial y procurador judicial, señor Oscar Vela Descalzo, el 22 de enero de 2020, signada con el número de trámite ID 155074, en contra del señor **Thomas Erich Franke** quien opera con el nombre comercial **TUTTO FIORI** (en adelante **Thomas Franke -TUTTO FIORI**), por las presuntas prácticas desleales de violación de norma, tipificada en el artículo 27, numeral 9 de la LORCPM.

5.2.- CARACTERÍSTICAS DE LOS BIENES Y SERVICIOS INVESTIGADOS, ANÁLISIS ECONÓMICO DEL PRESENTE CASO.-

El artículo 5 de la LORCPM establece que: *"la Superintendencia de Control de Poder de Mercado determinará para cada caso un mercado relevante, para lo cual se deberá considerar, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado"*.



El presente caso inició por la denuncia presentada por el operador económico **EXPOFLORES**, en contra de **Thomas Franke - TUTTO FIORI**, por presuntos actos de competencia desleal de violación de norma, en relación al incumplimiento de la normativa laboral, de seguridad social, tributaria, ambiental y de propiedad intelectual por parte del denunciado, que conforme a la denuncia, estaría dedicado a: *“la producción, exportación, importación y comercialización de plantas de ornamentales (rosas) en una finca ubicada en Cayambe, provincia de Pichincha...”*.

Sin embargo, en el escrito mediante el cual, aclaró y completó la denuncia, en la que precisó que: *“... el mercado relevante son flores cortadas de rosas para exportación”*.

Además, explicó que: *“... participan en este mercado relevante todos los floricultores cuya actividad principal es el cultivo de plantas de rosas en el Ecuador y la producción, comercialización y exportación de flores cortadas de rosas”*.

Con respecto de la ventaja competitiva, el denunciante explicó que se enfocaría en los costos de producción de las flores cortadas, los cuales serían menores al del resto de operadores económicos en el sector florícola por su reiterado presunto incumplimiento de normas, lo cual, a criterio del denunciante, permitiría que pueda vender sus flores a un menor costo y/o tener un mayor margen que el resto de floricultores.

Para iniciar el análisis, esta Intendencia conforme la información constante en el expediente, verificó que el operador económico EXPOFLORES es una asociación fundada en 1984, que mantendría su actividad principal como la producción y/o exportación de flores, follajes, plantas ornamentales u otros productos vegetales afines a la floricultura. EXPOFLORES, actualmente, estaría integrado por 190 socios, entre los que se encuentran fincas, productoras, agencias de cargas, comercializadoras, obtentores, y operadoras logísticas.¹

El operador económico Thomas Franke - TUTTO FIORI, conforme la información consultada en el Servicio de Rentas Internas, mantiene como actividad económica principal la *“venta al por mayor de flores”*, inició su actividad comercial en 1984 como persona natural, con número de RUC 1708650443001,² y a la fecha se encontraría en estado suspendido, como consta a continuación:

¹ Asociación Nacional de Productores y Exportadores de Flores del Ecuador, EXPOFLORES; Recuperado: <https://expoflores.com/>; Acceso: [lunes 22 de Marzo, 2020], e información contrarrestada con los escritos constantes en el expediente

² Servicio de Rentas Internas, Consulta Ruc; Recuperado: <https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-en-linea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc>; Acceso: 17-03-2020



RUC
1708650443001

Razón social
FRANKE STEFFEN THOMAS ERICH

Estado contribuyente en el RUC
SUSPENDIDO

Nombre comercial
TUTTO FIORI

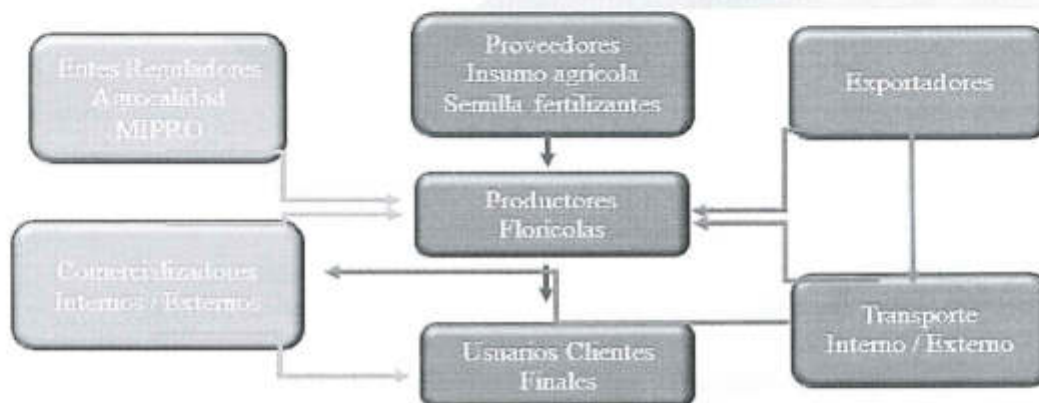
Actividad económica principal		VENTA AL POR MAYOR DE FLORES	
Tipo contribuyente	Clase contribuyente	Obligado a llevar contabilidad	
PERSONA NATURAL	OTROS	SI	
Fecha inicio actividades	Fecha actualización	Fecha cese actividades	Fecha reinicio actividades
15/05/1984	17/08/2017	31/12/2019	27/03/2014

Fuente: Portal SRI

Análisis del Sector Cultivo de Flores

Conforme consta en el gráfico 1, esta Intendencia puede identificar, preliminarmente, los actores involucrados en cada eslabón de la cadena del sector florícola, definiéndolos de la siguiente manera:

Gráfico 1: Actores del Sector FLORÍCOLA



Fuente: Dirección Nacional de Estudios de Mercado – Informe SCPM-IAC-DNEM-0542017

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

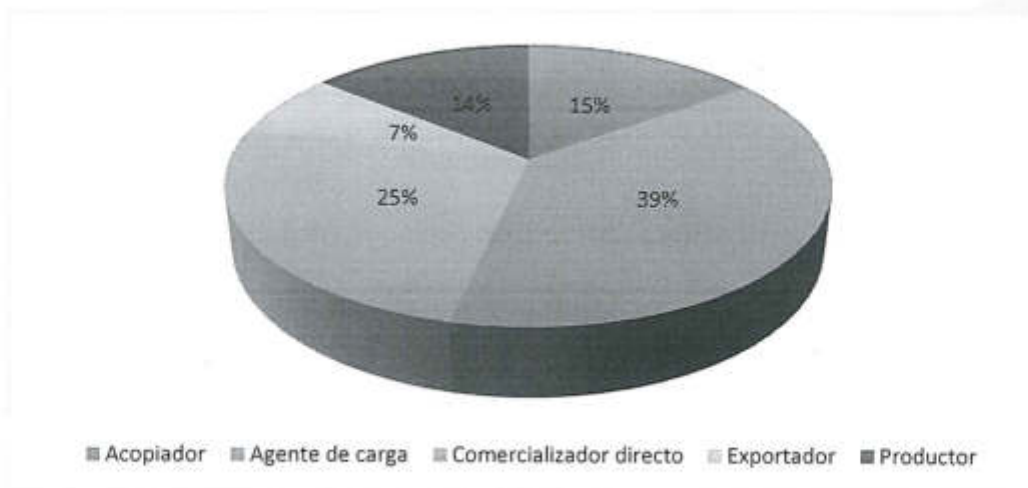
1. Los proveedores de insumos engloban al conjunto de proveedores de infraestructura productiva, material de propagación, agro químicos, fertilizantes y estimulantes, embalajes y otros medios de presentación del producto a ser comercializado;
2. Los productores por su parte son los técnicos a cargo del control y manejo de la producción florícola;
3. Los distribuidores, realizan el transporte de la producción de finca a los comercializadores, habitualmente por los productores, o por los comerciantes que realizan la venta final; y,

4. La comercialización por su parte tiene varios actores; los cuales realizan la venta del producto a los consumidores finales o a su vez a través de terceros.³

Mediante oficio, Nro. AGR-AGROCALIDAD/CIA-2020-000033-OF, la Agencia de Regulación y Control y Fito y Zoosanitaria (en adelante AGROCALIDAD), remitió a esta Intendencia el listado de operadores económicos que cumplen las actividades de productor, acopiador, comercializador y/o exportador.

Para el 2020, conforme la información remitida, AGROCALIDAD reporta alrededor de 29.740 operadores registrados como acopiadores, agentes de carga, comercializadores directos, exportadores y productores, que manejan aproximadamente 2.153 especies de flores entre las que se encuentran: 1995 flores, 147 follajes, 8 frutas ornamentales, y 3 frutos secos ornamentales.

Gráfico 2: Porcentaje por tipo de empresas-sector florícola



Fuente: Agencia de Regulación y Control y Fito y Zoosanitaria - AGROCALIDAD

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

Dentro del mercado ecuatoriano existen alrededor de 15% de empresas que realizan la actividad de acopiador (4449 operadores), 38,5% de agente de carga (11.445 operadores), 25,1% son comercializadores directo (7458 operadores), 7,3% exportadores (2181 operadores) y el 14,1% productores (4207 operadores).

De la revisión realizada por la Dirección, del total de operadores económicos, 2.689 cumplen la actividad compartida de acopiadores, productores y exportadores; 2.719 cumple las actividades de producción, comercialización directa y exportación.

³ Arias. J; Ministerio de Agricultura y Ganadería - Paraguay, Cadena florícola; Recuperado: <https://repositorio.iica.int/bitstream/handle/11324/6898/BVE18040062e.pdf;jsessionid=8D1CB41FDEB26F11213FDC19E4A73386?sequence=1>; Acceso: Lunes 13 de abril de 2020



Por otro lado, en referencia a la especie de rosas (rosa, rosa bracteata, rosa chinensis, rosa hybrida) se encuentran registradas en AGROCALIDAD, alrededor de 3.842 operadores económicos.

Gráfico 3: Porcentaje por tipo de empresas, especie de flor -rosas



Fuente: Agencia de Regulación y Control y Fito y Zoosanitaria - AGROCALIDAD

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

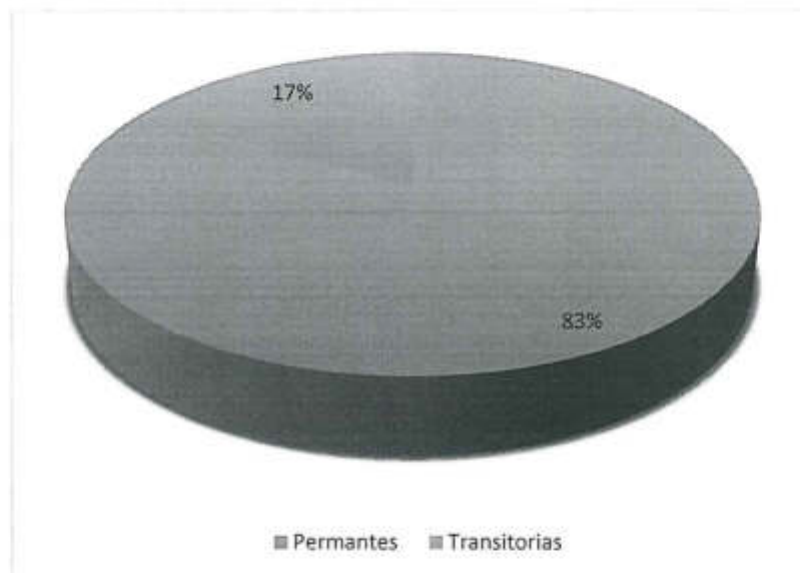
En el mercado ecuatoriano, respecto del mercado relativo de la especie flor rosas el 24% de empresas realizan la actividad de acopiador (923 operadores) de rosas, 1% de agente de carga (32 operadores) de rosas, 10% son comercializadores directo (366 operadores) de rosas, 21% exportadores (813 operadores) de rosas y el 44% productores (1.708 operadores) de rosa.

De la revisión realizada por la Dirección, del total de operadores económicos, 1.942 cumplen la actividad compartida de acopiadores, productores y exportadores; y 1.957 cumple las actividades de producción, comercialización directa y exportación.

Conforme la información del INEC- 2018, el 83% de la superficie plantada de flores corresponde a las de tipo permanentes, es decir, rosas, gypsophila, clavel y hypericum, siendo la rosa, el producto principal en términos de superficie; mientras que el 17% corresponde a las transitorias, estas son: girasol, larkspur, delphinium, como consta en los gráficos a continuación:



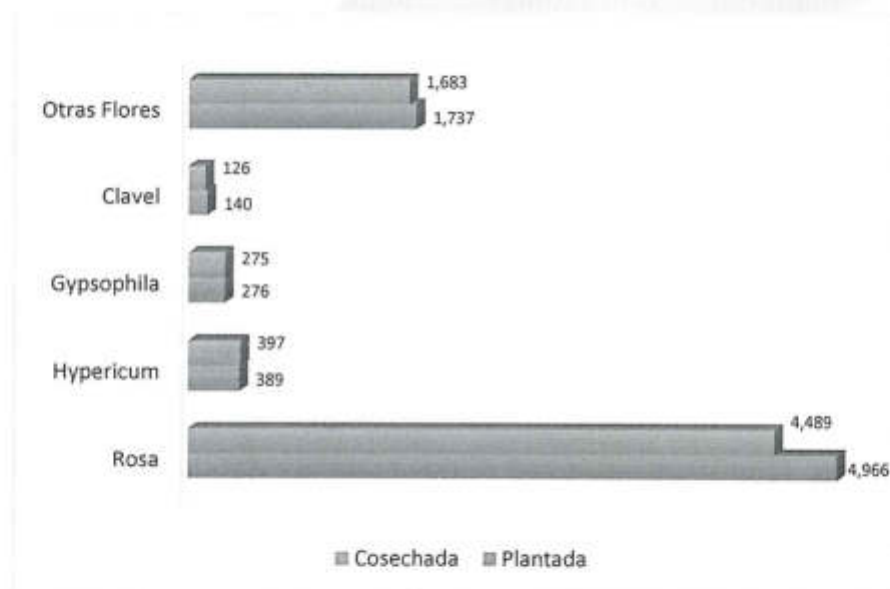
Gráfico 4: Superficie plantada con flores y tipo (ha)



Fuente: Instituto Nacional de Estadística y Censos - ESPAC

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

Gráfico 5: Flores cosechadas y plantadas por tipo (ha)



Fuente: Instituto Nacional de Estadística y Censos - ESPAC

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

Con respecto a la región en donde se realiza la mayor parte de cultivo de rosas, conforme la información del INEC, correspondería a la región sierra, principalmente en la provincia de



Pichincha, seguido por Cotopaxi e Imbabura: ⁴

Tabla 1: Regiones de cultivo de flores

REGIONES Y PROVINCIAS	ROSAS	
	UPAs	Hectáreas
TOTAL NACIONAL	511	2.519
REGION SIERRA	511	2.519
REGION SIERRA		
Azuay	140	31
Cotopaxi	65	480
Imbabura	27	87
Pichincha	267	1.861
Resto Sierra	12	61

Fuente: Instituto Nacional de Estadística y Censos – ESPAC ⁵

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

Costos Producción de rosa

Del análisis realizado por la Intendencia de Abogacía de la Competencia, en su informe especial No. SCPM-IAC-DNEM-054-2017, de 20 de diciembre de 2017, con respecto a los costos de producción de un tallo de rosa, explicó que conforme la información recopilada por esa Intendencia, sería igual al costo de producción mensual dividido para la cantidad de producción mensual, en donde el costo de producción correspondería a:

- Materia prima: dentro de la materia prima se encuentra los agroquímicos (fungicidas, insecticidas y fertilizantes), planta y yema.
- Mano de obra directa: este se refleja en el rol de pagos del personal.
- Costos indirectos de producción:
 - Costos de Infraestructura

⁴ Encuesta de Superficie y Producción Agropecuaria Continua, NUMERO DE Upas Y SUPERFICIE PLANTADA POR PRINCIPALES FLORES, SEGUN REGIONES Y PROVINCIAS; Acceso: 17-03-2020

⁵ Entiendase a UPAs como la unidad de producción agropecuaria, esto es: una extensión de tierra de 500 m² o más, dedicada total o parcialmente a la producción agropecuaria, considerada como una unidad económica. Superficies menores a 500 m² que mantengan características de las UPAs descritas, pero que hayan vendido un producto, durante el periodo de referencia. (Definición tomado de <https://anda.inec.gob.ec/anda/index.php/catalog/205/download/4082>)



- Terreno, obras civiles, galpón para la selección de flores, cerramiento, preparación del terreno, correcciones fisicoquímicas,⁶ implementación de invernaderos, cuartos fríos.⁷

Ahora bien, respecto a los costos de la cadena de comercialización de rosas, dicha Intendencia, identificó que principalmente, que estos se comprenden de:

- Costo de preparación y envasado
- Costo de Almacenamiento
- Costo de transporte
- Costo de manipulación.⁸

Análisis del Sector Exportación de Flores

En el Ecuador, las exportaciones por producto están clasificadas en productos primarios e industrializados, de la siguiente manera:

Tabla 2: Total de Exportaciones por producto primarios e industrializados

TOTAL EXPORTACIONES			
TOTAL PRIMARIOS		TOTAL INDUSTRIALIZADOS	
PRIMARIOS	Petróleo Crudo (6)	INDUSTRIALIZADOS	Derivados de petróleo (4)
	Banano y plátano (2)		Café elaborado
	Café		Elaborados de cacao
	Camarón		Harina de pescado
	Cacao		Otros elab. productos del mar
	Abacá		Químicos y fármacos
	Madera		Manufacturas de metales (5)
	Atún (3)		Sombreros
	Pescado		Manufacturas de textiles
	Flores naturales		Otros
	Otros		

Fuente: Banco Central del Ecuador – Previsiones Macroeconómicas 2019

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

⁶ Análisis fisicoquímico.- Es un método que permite determinar en los análisis de productos químicos la naturaleza de la interacción entre los componentes de un sistema mediante el estudio de las relaciones entre las propiedades físicas y la composición del sistema; Laboratorios Andeson, ¿Qué es el análisis fisicoquímico?; Recuperado: <http://laboratoriosanderson.com/blog/que-es-el-analisis-fisicoquimico/>

⁷ Cobro de regalías por la venta de variedad de rosas, utilizada en la producción y comercialización de este producto; Dirección Nacional de Estudios de Mercado Intendencia de Abogacía de la Competencia –SCPM; ; Acceso: 17-03-2020

⁸ Cobro de regalías por la venta de variedad de rosas, utilizada en la producción y comercialización de este producto; Dirección Nacional de Estudios de Mercado Intendencia de Abogacía de la Competencia –SCPM; ; Acceso: 17-03-2020



Del total de exportaciones, el producto “flores naturales” representó, en el año 2015 el 4,5% y para el 2019 el 3,9%, conforme el siguiente gráfico:

Gráfico 6: Exportaciones FOB por producto principal



Fuente: Banco Central del Ecuador

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

Dentro de los principales productos no petroleros de exportación, en el período de enero-agosto 2019, el sector acuicultura significó el principal sector de exportación con un 28.97% de participación del total de exportaciones no petroleras, seguido de banano y plátano con una participación del 24.64%, en tercer lugar consta la pesca con 12.22% y en cuarto lugar las flores y plantas con el 6.96%, como consta a continuación:

Tabla 3: Exportaciones no petroleras principales grupos de productos, %participación, enero-agosto 2019

Acuicultura	28,97%
Banano y Plátano	24,64%
Pesca	12,22%
Flores y plantas	6,96%
Cacao y elaborados	4,71%
Metalmecánico	3,63%
Agroindustria	3,51%
Forestal y productos elaborados	3,26%
Alimentos procesados	2,74%
Plásticos	1,04%
Frutas no tradicionales	0,81%
Automotriz	0,69%
Café y elaborados	0,52%
Confección textil	0,45%
Otros	5,85%

Fuente: Pro-Ecuador

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales



Así también, a un nivel de subpartidas de 10 dígitos se destacan, de los 20 principales productos: banana fresca, langostinos congelados, demás camarones y langostinos y demás decápodos congelados, rosas frescas, y cacao en grano.⁹

Tabla 4: Exportaciones no petroleras del Ecuador Enero – Agosto 2019

#	SUBPARTIDA	PRODUCTO	MILES USD FOB	% PARTICIPACIÓN 2018
1	0803.90.11.90	LAS DEMAS BANANAS FRESCAS TIPO CAVENDISH	1.857.149,00	20,78%
2	0306.17.19.00	LOS DEMÁS LANGOSTINOS (GÉNERO DE LA FAMILIA PENAEIDAE) CONGELADOS	1.089.559,00	12,19%
3	0306.17.99.00	LOS DEMAS CAMARONES, LANGOSTINOS Y DEMÁS DECÁPODOS CONGELADOS NO CONTEMPLADOS EN OTRA PARTE	889.551,00	9,96%
4	0603.11.00.00	ROSAS FRESCAS CORTADAS	458.759,00	5,13%
5	0306.17.11.00	LANGOSTINOS ENTEROS CONGELADOS	372.217,00	4,17%
		Los demas productos	4.267.852,00	47,77%
	total		8.935.087,00	100%

Fuente: Pro-Ecuador

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

En este sentido, es importante indicar que la estacionalidad de las rosa ecuatoriana, es del 100% de enero a diciembre,¹⁰ de acuerdo con las características geográficas y climáticas de Ecuador, la producción de la rosa ecuatoriana se realiza durante todo el año, siendo uno de los ventajas competitivas frente a otros países de la región.

La logística de exportación de rosas estaría en un 89,74% realizada vía área y 10,26% vía marítima, y sus principales destinos de exportación son: La Unión Europea con el 42%, Japón con el 22% y Estados Unidos con el 14%, estos países tienen tasa arancelarias del 0%. Para el 2018 los mayores exportadores con empresas grandes con el 81% y empresas pequeñas y medianas registran el 19%.¹¹

Los principales canales de comercialización, actualmente, en su gran mayoría son floristerías, seguido estarían en un buen porcentaje en tiendas de comercio electrónico y finalmente en menor porcentaje en supermercados, en supermercados internacionales de clase media alta y alta.¹²

⁹ Boletín Mensual de Inteligencia de Mercado, Pro-ecuador, Recuperado: <https://www.proecuador.gob.ec/boletin-de-inteligencia-de-mercados-octubre-noviembre-2019/>; Acceso: 17-03-2020

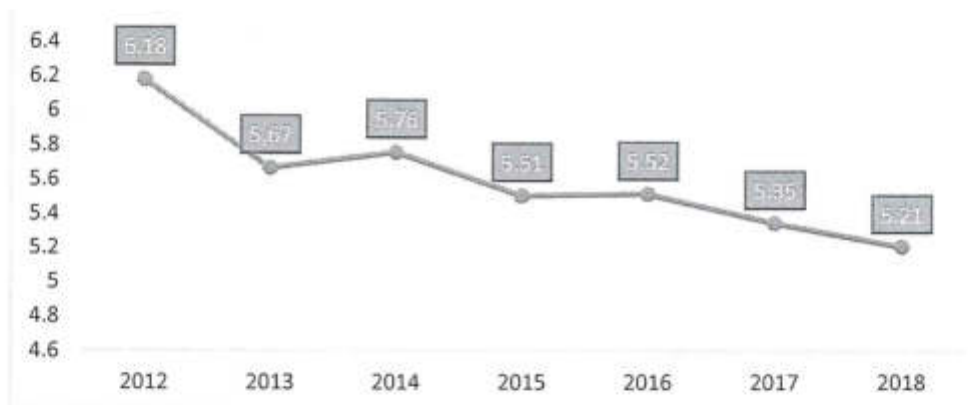
¹⁰ Ficha técnica: Rosas preservadas, Pro – ecuador; Recuperado: <https://www.proecuador.gob.ec/ficha-de-rosas-preservadas/>; Acceso: 17-03-2020

¹¹ Ficha técnica: Rosas preservadas, Pro – ecuador; Recuperado: <https://www.proecuador.gob.ec/ficha-de-rosas-preservadas/>; Acceso: 17-03-2020

¹² Estudio Rosas en china, Pro – ecuador; Recuperado: <https://www.proecuador.gob.ec/rosas-en-china/>; Acceso: 17-03-2020

De acuerdo con los datos del Banco Central del Ecuador, hasta el 2018 los precios por kilo exportados de rosas decrecieron un 2.62% con respecto al mismo periodo del año anterior (2017) de USD 5,35 a USD 5,21.¹³

Gráfico 7: Precio en dólares por kilo de Flores



Fuente: Banco Central del Ecuador

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

Actividad Económica de los operadores económicos

Con el fin de determinar el sector y los actores de este mercado preliminar, esta Intendencia considera de manera referencial la siguiente actividad económica:

En virtud de que la actividad económica principal, conforme el SRI, del denunciado corresponde a **la venta al por mayor de flores**, como se detalla a continuación:

RUC
1708650443001

Razón social
FRANKE STEFFEN THOMAS ERICH

Estado contribuyente en el RUC
ACTIVO

Nombre comercial
TUTTO FIORI

Actividad económica principal

VENTA AL POR MAYOR DE FLORES

Esta Intendencia considera que el operador económico denunciante explicó que el mercado relevante sería: “flores cortadas de rosas para exportación”, de la información constante en la actividad económica principal del denunciado, corresponde, *a priori*, utilizar el CIU correspondiente a:

¹³ Informe de exportaciones de rosas 2018, Expoflores, Recuperado: <https://expoflores.com/wp-content/uploads/2018/12/INFORME-TRIMESTRAL-ROSAS-3ER-TRIMESTRE-2018.pdf>; Acceso: 17-03-2020



Código	Descripción de actividad económica	Justificación
G46	Comercio al por mayor, excepto el de vehículos automotores y motocicletas. Esta división comprende el comercio al por mayor por cuenta propia o a cambio de una retribución o por contrata (comercio a comisión), y abarca tanto el comercio interior como el comercio internacional (importación/exportación).	Nivel 2: Al contener la exportación
G462	Venta al por mayor de materias primas agropecuarias y animales vivos.	Nivel 3 y 5: Al ser materia prima agropecuaria
G4620.1	Venta al por mayor de materias primas agropecuarias.	
G4620.15	Venta al por mayor de flores y plantas	Nivel 6: Al considerar la venta de flores

Fuente: Base de información SRI 2017

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

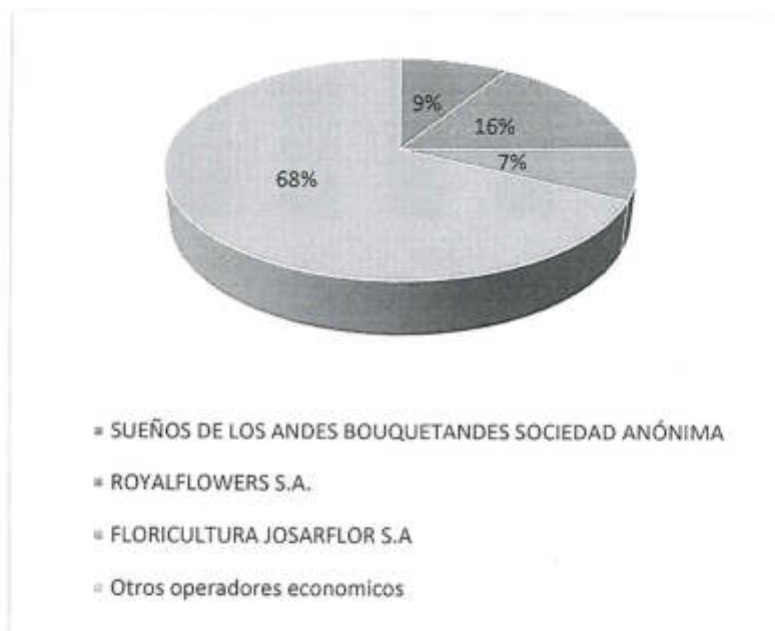
Debido a la etapa preliminar de la presente investigación, esta Intendencia determina que el mercado de análisis, se refiere a la “venta al por mayor de flores”, el cual comprende tanto el producto/servicio objeto de investigación como los posibles sustitutos desde el lado de la demanda y de la oferta; sin embargo, de manera preliminar, esta Intendencia considera que existe una diferenciación, en los eslabones de la cadena de valor, por lo que, *a priori*, los posibles mercados relevantes, serían: **1.-producción de flores cortadas**; y, **2.-comercialización de flores** comprendido por la venta al por mayor y menor de flores y exportación.

En el caso concreto conforme la actividad económica del denunciado, esto es: la venta al por mayor de flores, le corresponde a esta Intendencia realizar el análisis del segundo mercado, únicamente la primera clasificación que es la venta al por mayor.

En el gráfico 8, esta Intendencia puede observar dentro del mercado definido de manera preliminar, los operadores económicos que realizarían actividades relacionadas a **la venta al por mayor de flores**, para el año 2018,¹⁴ serían los siguientes:

¹⁴ Es importante señalar que esta Intendencia utilizó la información del año 2018, siendo, la disponible a la fecha de la resolución. En tanto, la información del año 2019, conforme lo referido por el SRI de las declaraciones y balances de la SUPERCAS, se carga a partir de abril de 2020, considerando el cierre del año fiscal.

Gráfico 8: Participación Venta al por mayor de flores



Fuente: Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

El operador económico ROYALFLOWERS S.A., tiene una participación de 15,93% de este mercado, SUEÑOS DE LOS ANDES BOUQUETANDES SOCIEDAD ANÓNIMA, con el 8,85%, y FLORICULTURA JOSARFLOR, con el 7,45%, y el 67,77% del mercado está dividido entre los restantes operadores de un total de 131 que tienen una participación menor al 7%.

En el gráfico 9, desde el 2012 al 2018 la estructura de mercado disminuyó de 154 operadores económicos en el 2012 a 131 operadores en el 2018.

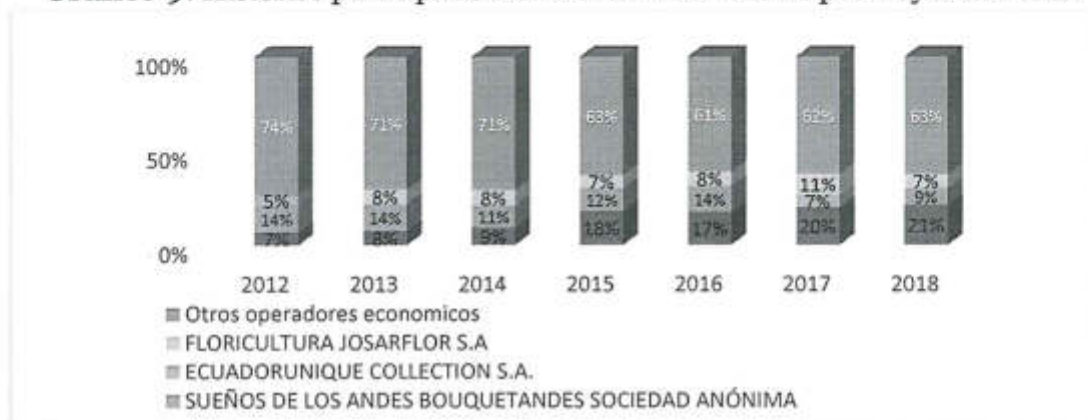
El operador económico ROYALFLOWERS S.A., incrementó su participación del 6,8% al 15,93% del 2012 al 2018 ubicándose actualmente en el primer lugar con la mayor participación del sector.

Así también el operador económico SUEÑOS DE LOS ANDES BOUQUETANDES SOCIEDAD ANÓNIMA pasó del 2012 con 14% al 2018 9%, el operador económico FLORICULTURA JOSARFLOR S.A., pasó del de 8% en el 2013, al 2017 con el 11% (significando su mayor participación en este periodo), sin embargo, al 2018 bajo al 7%; y, ECUADORUNIQUE COLLECTION S.A., aparece entre los primeros lugares en el 2012 y en 2017 con el 5% y 7% respectivamente.





Gráfico 9: Histórico participación de la actividad: venta al por mayor de flores



Fuente: Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros

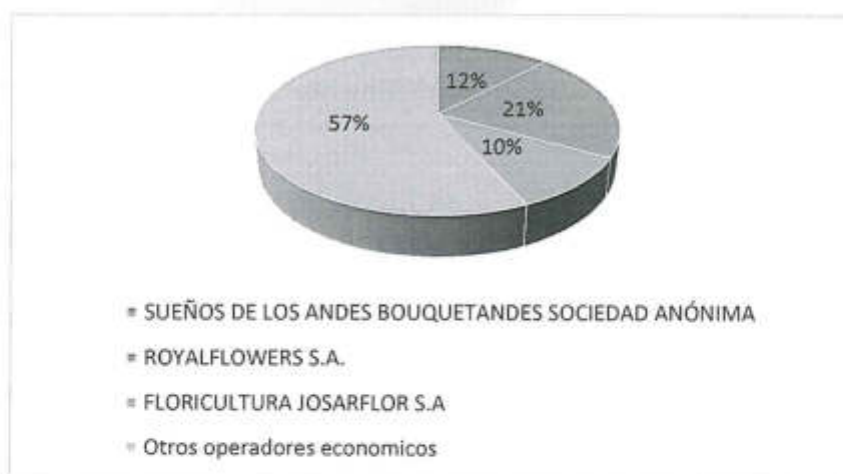
Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

Análisis de Exportaciones

Es importante señalar que en el análisis del mercado preliminar, esta Intendencia identificó a los operadores económicos que perciben ingresos correspondientes a **la venta al por mayor de flores**, en tal sentido, esta Intendencia considera importante identificar la participación de estos operadores por los ingresos percibidos de las exportaciones de flores, de la siguiente manera:

En el gráfico 10, consta que dentro del mercado definido de manera preliminar, como la venta al por mayor de flores, los operadores económicos que perciben ingresos por la exportación, en el año 2018, tienen la siguiente participación:

Gráfico 10: Participación del sector de venta al por mayor de flores, ingresos por concepto de exportación (2018)



Fuente: Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales



De un total de 131 operadores económicos registrados en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, por ventas al por mayor de flores, solo 36 operadores registran ingresos por exportaciones, de los cuales el operador económico ROYALFLOWERS S.A., registra una participación del 21,1%; el operador económico SUEÑOS DE LOS ANDES BOUQUETANDES SOCIEDAD ANÓNIMA está en segundo lugar con el 11,9%; y el tercer lugar FLORICULTURA JOSARFLOR S.A., 10,2%; los 33 operadores restantes tienen una participación del 57% registrando exportaciones menores al 10%.

Participación del operador económico Thomas Franke - TUTTO FIORI

De la información proporcionada por el SRI, el oficio No. 917012020OSTN000803, el contribuyente Thomas Franke - TUTTO FIORI con número de RUC 1708650443001; inició sus actividades en el año 1984, reinició actividades el año 2014 y realizó la actualización de su RUC en el 2017, y consta como su actividad económica: venta al por mayor de flores.

Así también, conforme la información remitida por el SRI, en su reporte de declaraciones consta lo siguiente:

Periodo fiscal	Razón Social	Identificación	Multa (s)	Ingreso
2019	FRANKE STEFFEN THOMAS ERICH	1708650443001	SI	-
2018	FRANKE STEFFEN THOMAS ERICH	1708650443001	SI ¹⁵	-
2017	FRANKE STEFFEN THOMAS ERICH	1708650443001	SI ¹⁶	



Fuente: Servicio de Rentas Internas (SRI)

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

De la información proporcionada por el SRI, la INICPD identificó que, de las declaraciones realizadas por el operador económico, reportó ingresos en los años 2016 y 2017; para los años 2015, 2018 y 2019 no registró ingresos por ventas al por mayor de flores – rosas, sin embargo, en los años que reportó ingresos estos serían aproximadamente de U\$[REDACTED] así también el último año que reportó impuesto por salida de divisas fue en el 2016 por un valor de U\$[REDACTED] conforme consta de la consulta realizada:

Consulta de Impuesto a la Renta Causado y Salida de Divisas

RUC / cédula
1708650443001

Apellidos y nombres
FRANKE STEFFEN THOMAS ERICH

Detalle de valores - 16 registros

Año fiscal	Impuesto a la Renta Causado		Impuesto a la Salida de Divisas
	Formulario	Valor	
2019	100	\$0.00	\$0.00
2018		11 La Declaración de Renta aún no ha sido presentada	\$0.00
2017	100	\$3,348.34	\$0.00
2016	100	\$0.00	\$2.10
2015	100	\$278.22	\$4.89
2014	100	\$0.00	\$0.00
2013	100	\$346.34	\$70.82
2012	100	\$0.00	\$0.00
2011	100	\$26.45	\$0.00
2010	100	\$0.00	\$0.00

En anexo 9, presentado por el denunciante, en el escrito de 22 de enero de 2020 con ID 155074, de acuerdo con la “Consulta contribuyente con obligaciones firmes, impugnadas y en facilidades de pago”, previstos en la página Web del Servicio de Rentas Internas, esta



Intendencia identifica en el operador económico Thomas Franke - TUTTO FIORI mantendría deudas firmes por un valor de [REDACTED]

El denunciante, mediante su escrito del 19 de febrero del 2020, signado con ID 157463, explicó que:

“... en el informe pericial aparece que entre las dos fincas que el Sr. Franke dejó inspeccionar -existe una tercera a la cual no tuvieron acceso- se mantiene en producción [REDACTED] plantas de los Obtentores que ahí se menciona, sin tomar en cuenta las plantas que debe tener sembradas y que correspondan a otros obtentores de variedad vegetal...”

Así también, señaló:

“... El perito manifiesta que estas plantas producen aproximadamente [REDACTED] tallos de rosas por mes, que se comercializan a un precio promedio de [REDACTED] por rosa. Esto quiere decir que, mensualmente, el señor Franke debía percibir un ingreso aproximadamente [REDACTED] solo por las plantas de los obtentores de variedades vegetales específicos en dicho documento y en una temporada medio-baja, pues evidentemente en Valentín o el día de la Madre los precios de los tallos de rosa pueden alcanzar los [REDACTED].”

Por otro lado, de acuerdo al informe pericial presentado por el SENADI, presentado el 23 de septiembre del 2019, en el que consta que:

“... Las plantas sembradas poseen material vegetal que eventualmente podría utilizarse con fines de reproducción, multiplicación o producción de nuevas plantas.

La producción promedio de tallos por mes de flores cortadas para las variedades encontradas en las dos fincas en meses de producción normal (no en pico de altas producciones o fiestas especiales) se encuentra detalladas en la siguiente tabla:

Marca Comercial	Producción Tallos /Mes
Explorer	[REDACTED]
Cabaret	[REDACTED]
Gotcha	[REDACTED]
Mondial	[REDACTED]
Pink Mondial	[REDACTED]
Carousel	[REDACTED]
Cherry-O	[REDACTED]
Pink Floyd	[REDACTED]
Nina	[REDACTED]

Fuente: SENADI – Informe pericial –Sr. Thomas Erich Franke – TUTTO FIORI

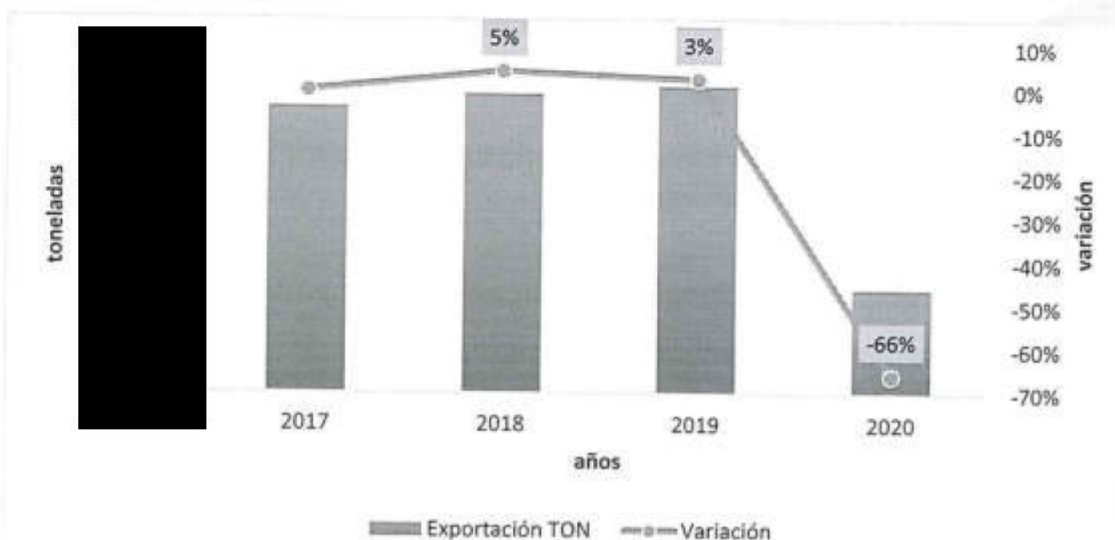
De acuerdo con la inspección realizada, existiría un estimado de producción de [REDACTED] tallos por mes. Tomando en consideración este inventario, el operador Thomas Franke - TUTTO FIORI mantendría aproximadamente un ingreso mensual de [REDACTED] cifra que al momento, no se ve reflejada en la información suministrada por el operador económico.



Por otro lado, con el fin de identificar la incidencia del operador denunciado, esta Intendencia solicitó mediante cuestionario 5, información a PRO ECUADOR respecto de exportaciones en millones FOB y toneladas. Es importante, señalar que las bases de datos, conforme explicó PRO ECUADOR, son construidas con la información del Banco Central del Ecuador y la primera declaración que recopila SENAE.¹⁹

De esta manera, de acuerdo con la información remitida por PRO ECUADOR, en los años 2017 al 2020, las exportaciones de la partida “Flores y plantas” reportó un leve crecimiento pasando del 2017 al 2018 con un porcentaje de 5%; así también, del 2018 al 2019 tuvo un crecimiento del 3%; sin embargo para junio de 2020 tuvo una caída del 66%.

Gráfico 11: Exportación por toneladas (2017 – jun 2020) origen de información Banco Central del Ecuador



Fuente: PRO - ECUADOR

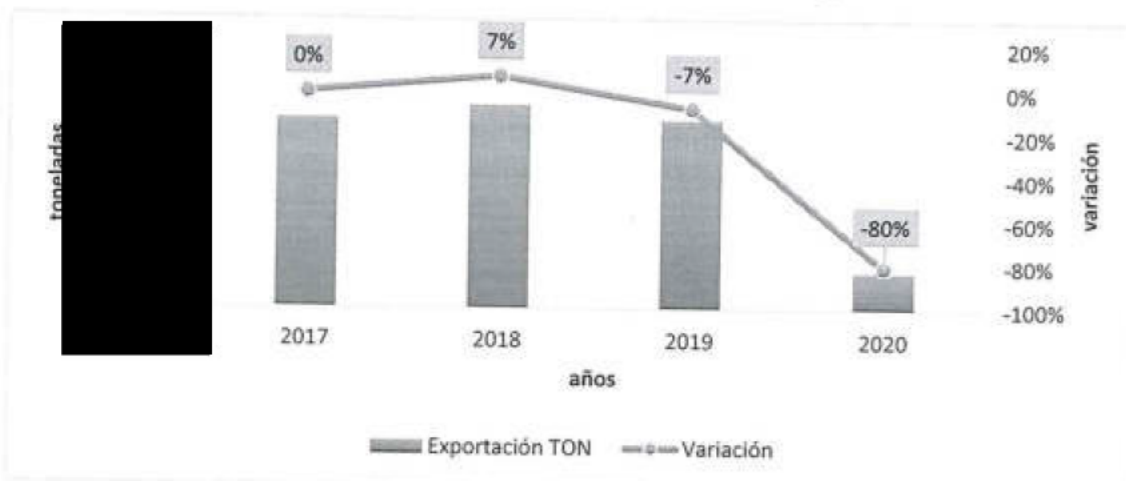
Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

De igual manera, en los años comprendidos desde el 2017 al 2020, las exportaciones de la partida “Flores y plantas”, según PRO ECUADOR de la información remitida por SENAE, reportó un leve crecimiento pasando del 2017 al 2018 con un porcentaje de 7%; mientras que, del 2018 al 2019 tuvo un decrecimiento del 7%; así también para junio de 2020 tuvo una caída del 80%.

¹⁹ Mediante oficio MPCEIP-SPE-2020-0034-O, de 14 de julio de 2020, PRO ECUADOR remitió la información respecto de exportaciones en millones FOB y toneladas, y además informó que la estadística del Banco Central dista de la estadística de SENAE en tema flores y plantas; puesto que las Declaraciones Aduanera de Exportación (DAES) se envía con valores referenciales y luego tienen tres meses para regularizarlas.



Gráfico 12: Exportación por toneladas (2017 – jun 2020) origen de información SENAE



Fuente: PRO - ECUADOR

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

Además, de las exportaciones realizadas en los años 2017 al 2020, de “Flores y plantas”, según PRO ECUADOR de la información obtenida de SENAE, correspondiente a la partida 0603110000 “ROSAS FRESCAS CORTADAS” el operador económico Thomas Franke - TUTTO FIORI, en promedio, ha exportado aproximadamente [REDACTED]

Al respecto, dicha exportación realizada por el operador económico Thomas Franke - TUTTO FIORI, tuvo un decrecimiento del 56% del 2017 al 2018; y para el 2019 decreció en un 84%, finalmente para junio de 2020, conforme dicha información, no se han registrado exportaciones.

Gráfico 13: Exportación por toneladas (2017 – jun 2020) Thomas Franke - TUTTO FIORI, origen de información SENAE



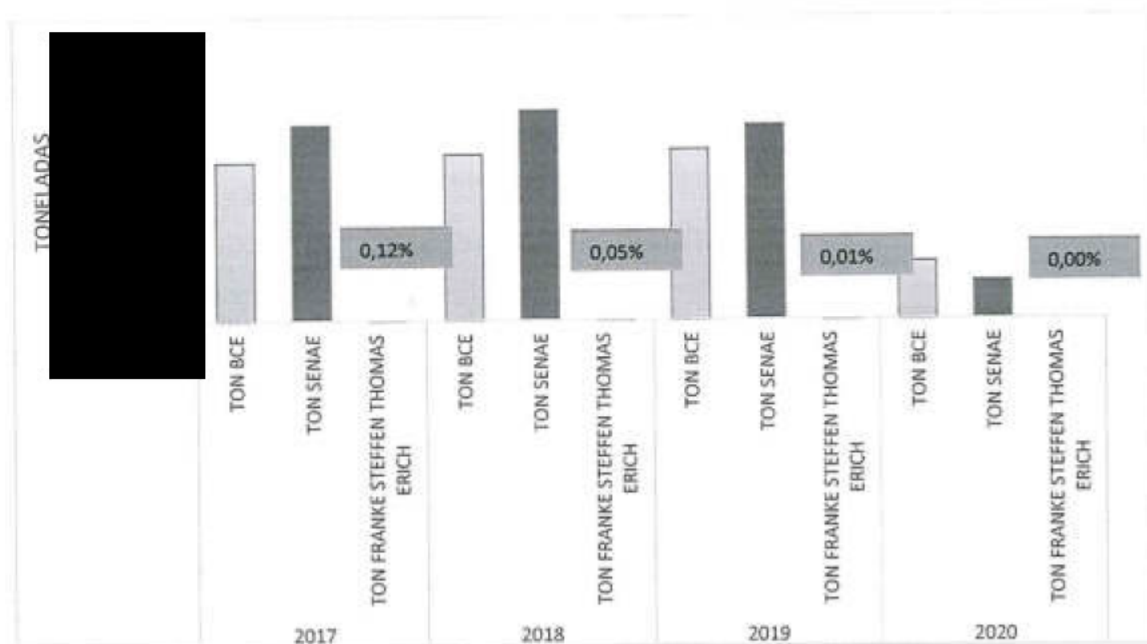
Fuente: PRO - ECUADOR

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales



Esta Intendencia, considera importante identificar la incidencia de la exportación del operador económico denunciado, frente a las exportaciones totales, en tal sentido, en los años 2017 a junio 2020, las exportaciones del operador económico Thomas Franke - TUTTO FIORI representaron en promedio, el 0,05 % del total de exportaciones.

Gráfico 14: Exportación por toneladas (2017 – jun 2020) Thomas Franke - TUTTO FIORI, origen de información SENAE



Fuente: PRO - ECUADOR

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

En los años 2017, el denunciando representó el 0,12%, mientras que a partir del año 2018, su representación ha decrecido a 0,05%, hasta el 0,01%, en lo que va del 2020 no ha registrado exportaciones.

Del análisis realizado de manera preliminar, esta Intendencia evidencia que el sector, conforme su actividad económica, actualmente, existirían 131 operadores en la venta al por mayor, de este sector los operadores predominantes son:

Venta al por mayor de flores:

- ROYALFLOWERS S.A.: 15,93% ingresos totales y 21,06% ingresos por exportaciones.
- SUEÑOS DE LOS ANDES BOUQUETANDES SOCIEDAD ANÓNIMA: 8,85% ingresos totales y 11,90% ingresos por exportaciones.
- FLORICULTURA JOSARFLOR S.A.: 7,45% ingresos totales y 10,24% ingresos por exportaciones.
- ECUADORUNIQUE COLLECTION S.A.: 5,68% ingresos totales y 7,54% ingresos por exportaciones.



En tal sentido, esta Intendencia evidencia que en la venta al por mayor de flores, existen operadores que su conjunto representan el 38%, y que incluso han mantenido su predominancia durante el periodo 2012 al 2018, conforme el análisis realizado con la información de la SUPERCIAS.

En adición, conforme la información correspondiente al “Valor neto-total ventas y otras operaciones” reportada en el SRI, con ingresos de [REDACTED] para junio de 2018, lo que representaría menos del 0,01% del mercado de venta al por mayor de flores. Así también, esta Intendencia ha identificado que existen operadores que predominan estos mercados definidos preliminarmente, que mantienen unos ingresos sobre [REDACTED] en venta al por mayor), y que al compararlos con la venta referida por el denunciante de [REDACTED] (al mes), o su vez de la información del SRI, con [REDACTED] dólares para el año 2017, las actuaciones del operador económico Thomas Franke - TUTTO FIORI, no tendrían la capacidad suficiente de distorsionar este mercado.

Así también, de la información de las exportaciones por toneladas, el operador denunciado con alrededor de [REDACTED] de exportación al año, representó, en promedio menos de 0,05% del total de exportaciones, esta Intendencia evidencia, que en el mercado relevante definido de manera preliminar, Thomas Franke - TUTTO FIORI por sus características, *a priori*, no podría generar un falseamiento al régimen de competencia.

Finalmente según el SRI, el denunciado habría cesado formalmente sus actividades desde el 31 de diciembre de 2019, situación que permite a esta Intendencia evidenciar que a partir de esta fecha el efecto sería nulo.

5.2.2 Mercado Geográfico

El artículo 5 de la LORCPM en relación al mercado geográfico establece:

“El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes”.

Respecto del mercado geográfico, éste comprende la zona geográfica en que los operadores económicos que conforman el mercado del producto desarrollan sus actividades, en condiciones suficientemente homogéneas, pero en condiciones de competencia distintas de otros territorios próximos o vecinos.²⁰

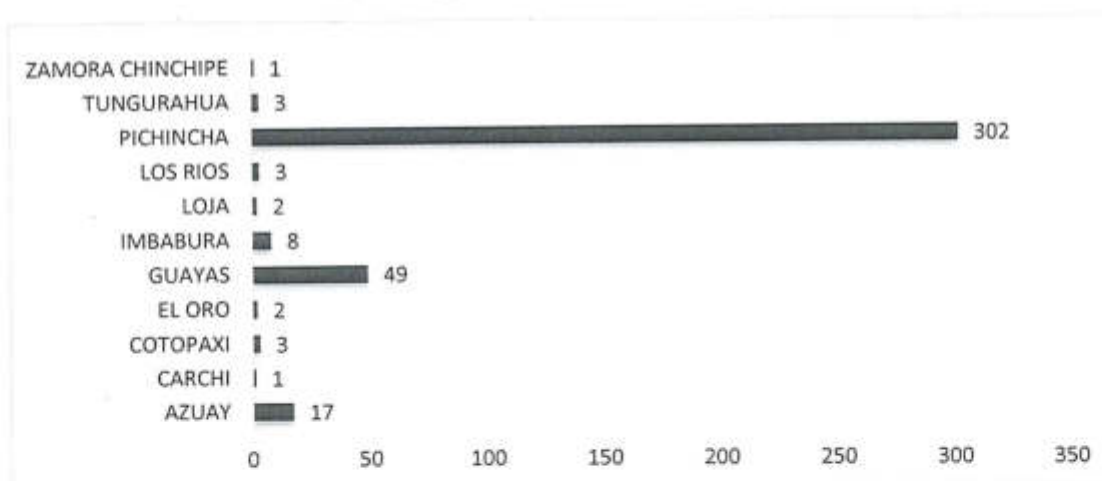
En el presente caso, esta Intendencia conforme la información pública de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, y la constante en el anexo “Lista oficial

²⁰ Comunicación relativa a la definición del mercado relevante a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. Eur-Lex, Diario Oficial de la Unión Europea, Diario Oficial n° C372, 09/12/1997, p. 0005 – 0013, [Online], disponible: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):ES:HTML) [Accedido 5 septiembre 2013].



de empresas certificadas en el Protocolo para el control obligatorio de Ácaros en lugar y/o sitio de producción de rosas de exportación”, establece de manera preliminar al mercado geográfico de alcance regional, principalmente en la región sierra, provincia de Pichincha,²¹ debido a que este sería la cobertura geográfica del producto a ser ofertado por el operador económico objeto de la denuncia.

Gráfico 15: Compañías de cultivo de flores, por provincias



Fuente: Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

De acuerdo con la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, esta Intendencia identificó que en el país existen varias empresas que participan en el sector de cultivo de flores, así en la comercialización de flores ubicadas a nivel nacional, en su mayoría ubicadas en las principales provincias del país, en especial, la región Sierra.

5.2.3.- Los bienes o servicios similares presuntamente afectados

En este sentido, como lo manifiesta Jiménez y Cañizares, entre los recursos más utilizados para fundamentar la definición de mercado relevante se encuentra el análisis de las características técnicas de los productos o de precio de los mismos.²² Por este motivo, a continuación, esta Intendencia realiza un análisis descriptivo de las propiedades y finalidad de uso del producto investigado y sus eventuales competidores.

El producto investigado pertenece al sector florícola rosas frescas cortadas de exportación, la variedad de flores que se cultivan en Ecuador cautivan por su calidad, de características

²¹ Servicio de Rentas Internas, Consulta Ruc; Recuperado: <https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-en-linea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc>; Acceso: 17-03-2020

²² Jiménez, F. y Cañizares, E. (2005) *Dificultades para la definición del mercado relevante*. Recuperado de: <http://www.uv.es/~frequentia/estructura/NERA.pdf>. Accedido: [12 de diciembre de 2016].



únicas: tallos gruesos y de gran extensión, botones grandes y colores vivos. Además, el gran distintivo de la rosa ecuatoriana es su prolongada vida en el florero después del corte.²³

Ecuador produce variedad de flores que son exportadas a nivel mundial, principalmente a Estados Unidos y Rusia. La mayoría de estas flores son producidas en la Sierra, excepto las flores tropicales que por el clima se adaptan mejor a la Costa. Entre las variedades más comerciales están: Gysophilia, Clavel, Rosas, Lirios, etc.

Dentro de las principales variedades de rosas de exportación constan:

Tabla 5: Variedad de rosas frescas de exportación

Producto	Variedad	Empaque	Presentación	Precio USD
Rosas Frescas	Tallo 60 cm	Caja de cartón	25 unidades	53,07 - 54,63
Rosas Frescas	Tallo 50 cm, rainbow	Caja de cartón	10 tallos	23,00
Rosas Frescas	Tallo 60 cm, pink Floyd	Caja de catón	10 tallos	13,00
Rosas Frescas	Tallo 40 cm	Funda de papel	33 tallos	310
Rosas Frescas	Tallo 80 cm	Funda de papel	19 tallos	310
Rosas Frescas	Tallo 80 cm, tinturada	Funda de papel	33 tallos	124
Rosas Frescas	Tallo 80 cm, tinturada	Funda de papel	99 tallos	1,555
Rosas Frescas	Tallo 60-70 cm	Funda de papel	25 unidades	54,63
Rosas Frescas	Tallo 60 -70 cm, un color	Caja de cartón	10 tallos	14 - 15
Rosas Frescas	Tallo 60 -70 cm, tinturada	Caja de cartón	10 tallos	25

Fuente: Pro – ecuador 2018

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

En consecuencia, la necesidad que buscaría satisfacer el consumidor de este producto, sería variedad de rosas y flores, por lo que esta Intendencia identifica, de manera preliminar, como posibles productos sustitutos las demás flores disponibles en el mercado, situación que deberá ser verificada por esta Autoridad con la aplicación de las pruebas de sustitución contempladas en Resolución N.º 11 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en el momento procesal oportuno y, de ser el caso, la etapa procesal correspondiente.

²³ Boletín Técnico N°-01-2018-ESPAC, Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC); Recuperado: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_agropecuarias/espac/espac-2018/Boletin%20tecnico.pdf, Acceso: 17-03-2020



5.4.- La duración de la Conducta

La duración de las conductas denunciadas abarcaría desde la vigencia de la LORCPM, esto es, desde el 13 de octubre de 2011, a partir de la cual la SCPM tiene competencia para conocer la infracciones a dicha Ley, hasta el 31 de diciembre de 2019, fecha en la cual el operador económico cesó sus actividades conforme consta en la información remitida por el Servicio de Rentas Internas (SRI), mediante oficio Nro. 917012020OSTN000803.

La aplicabilidad de la temporalidad de las normativas jurídicas que presuntamente estarían siendo vulneradas, varían de acuerdo a la fecha en la que fueron expedidas en algunos casos y en otros estarían sujetas a la vigencia de la LORCPM.

Las normas presuntamente infringidas se detallan a continuación:

5.4.1. Sobre el presunto incumplimiento de obligaciones ambientales

- Acuerdo Ministerial N° 390, (PROGRAMA DE CERTIFICACIÓN FITOSANITARIA DE ORNAMENTALES DE EXPORTACIÓN (PCFOE)), vigente a partir del 08 de mayo de 2008, no obstante, esta Autoridad puede actuar a partir de la vigencia de la LORCPM, esto es desde el 13 de octubre de 2011, por lo que la temporalidad del presunto incumplimiento de dicha normativa sería desde esta fecha hasta el 31 de diciembre de 2019, que el operador económico cesó sus actividades.
- Resolución N° 0038, (ESTABLÉCESE LA OBLIGATORIEDAD DE LA IMPLEMENTACIÓN Y CERTIFICACIÓN DE LAS BUENAS PRÁCTICAS AGROPECUARIAS A LOS PROVEEDORES DE LAS EMPRESAS EXPORTADORAS), vigente a partir de su suscripción esto es desde 15 de marzo de 2019, cabe señalar que el 15 de enero de 2020 se emitió la Resolución Nro. 041 mediante el cual se expide el Manual de Procedimiento de Certificación de Unidades de Producción de Buenas Prácticas Agropecuarias a nivel nacional, estableciendo así el procedimiento que se debe realizar para la obtención de la BPA, tanto no cabe establecer la temporalidad de la presente norma debido que se encuentra vigente el plazo para la obtención.

Sin embargo, mediante Circular Nro. AGR-AGROCALIDAD/CIA-2020-00004-C, del 27 de abril del 2020, la Agencia de Regulación y Control Fito y Zoonosanitario AGROCALIDAD, a través de la Coordinación General de Inocuidad de Alimentos, indicó:

“... 4 Debido a declaratoria de Estado de Excepción en el territorio nacional, la Agencia dentro de la modificatoria de la Resolución 0041 (MANUAL DE PROCEDIMIENTO PARA LA CERTIFICACIÓN DE UNIDADES DE PRODUCCIÓN EN BUENAS PRÁCTICAS AGROPECUARIAS), ha considerado una extensión al período de transición y obligatoriedad del ingreso del FORMULARIO DE SOLICITUD DE CERTIFICACIÓN DE UNIDADES DE PRODUCCIÓN AGROPECUARIA (FCS_UPA) para la certificación de BPA hasta el **30 de diciembre del 2020** para los exportadores.[...] (Énfasis añadido)



Por lo cual, en la actualidad no podría ser exigible este requisito, en tanto, dicho certificado sería exigible desde que fenece el plazo para la presentación de la solicitud, siendo originalmente el 15 de julio de 2020 según el “Manual de Procedimientos para la Certificación de Unidades de Producción en Buenas Prácticas Agropecuarias” o, el 30 de diciembre de 2020, conforme lo manifestado por Agrocalidad en la Circular N°. AGR-AGROCALIDAD/CIA-2020-000004-C.

5.4.2. Sobre el presunto incumplimiento de obligaciones de seguridad social y laboral

- El numeral 31 del artículo 42, del Código de Trabajo, norma que se encuentra vigente a partir del 16 de diciembre 2005, a pesar de ello, esta Autoridad podrá conocer presuntos actos anticompetitivos a partir de la vigencia de la LORCPM, esto es desde el 13 de octubre de 2011, por lo que el presunto incumplimiento se llevaría a cabo desde la vigencia de la LORCPM hasta el 31 de diciembre de 2019, que el operador económico cesó sus actividades.
- Acuerdo Ministerial N° MDT-2018-0075, (EXPÍDASE LA NORMA QUE REGULA LAS MODALIDADES CONTRACTUALES ESPECIALES PARA EL SECTOR FLORÍCOLA), vigente desde el 10 de mayo de 2018, por lo que la presunta violación de esta norma tendría lugar desde la referida fecha hasta el 31 de diciembre de 2019, que el operador económico cesó sus actividades.
- El denunciante acusó el incumplimiento del Acuerdo Ministerial N° MDT-2019-394, (NORMA QUE FIJA EL SALARIO BÁSICO UNIFICADO DEL TRABAJADOR EN GENERAL PARA EL AÑO 2020), así como el Acuerdo Ministerial N° MDT-2019-395 vigentes desde el 01 de enero de 2020, acuerdos que no sería aplicable para el denunciado ya que no encontraba en el ejercicio de sus actividades económicas, esto es, desde el 31 de diciembre de 2019 conforme consta en la información entregada por el SRI así como también consta en la página web de la entidad referida, por lo que no existiría temporalidad infracción de la presente norma laboral.
- Acuerdo Ministerial N° MDT-2019-008A, (FIJACIÓN DE SUELDOS, SALARIOS MÍNIMOS SECTORIALES Y TARIFAS PARA EL SECTOR PRIVADO POR RAMAS DE ACTIVIDAD, QUE ABARCAN LAS DIFERENTES COMISIONES SECTORIALES), vigente desde el 01 de enero de 2019, por lo que la temporalidad sería a partir de la fecha antes indicada hasta el 31 de diciembre de 2019 fecha en la que el operador económico cesó sus actividades.

5.4.3. Sobre el presunto incumplimiento de obligaciones relacionadas con derechos de propiedad intelectual.



- La temporalidad del presunto incumplimiento por violación de normas de propiedad intelectual, consta en la notificación de terminación de contratos con PLANTAS TÉCNICAS PLANTEC CÍA. LTDA. de fecha 04 de junio de 2019, mediante la cual se da por terminado unilateralmente varios contratos de licencias de explotación de variedades vegetales, notificación que se anexó a la presentación de la Tutela Administrativa Nro. 038-2019-OV, de 17 de junio de 2019, interpuesta por las compañías W. KORDES'SÖHNE ROSENSCHULEN GMBH & CO KG.; INTERPLANT B.V.; PIET SCHREURS HOLDING B.V.; y BROWNBREENDING INGENIERIA S.A., por lo que el presunto incumplimiento de esta norma se vendría dando a partir del 04 de junio de 2019 hasta el 31 de diciembre de 2019 fecha en la que el operador económico cesó sus actividades.

5.4.4. Sobre el presunto incumplimiento de obligaciones tributarias

- La temporalidad del presunto incumplimiento de la norma tributaria, conforme se desprende del Registro Único de Contribuyentes, se establecería desde el inicio de las operaciones del denunciado (año 1984), conforme consta en la información remitida por el SRI, cabe señalar que todos los operadores económicos que realicen actividad económica están sometidos a la LORCPM, vigente desde el 13 de octubre del 2011, en este sentido la INICPD, se regirá a las disposiciones legales propias de su competencia a partir de esta fecha hasta el 31 de diciembre de 2019, por cuanto el denunciado cesó sus actividades.

5.5.- La identificación de las partes

El operador económico ASOCIACIÓN DE PRODUCTORES Y EXPORTADORES DE FLORES DEL ECUADOR EXPOFLORES, en calidad de denunciante, mantiene el RUC 1790986055001 con estado de contribuyente ACTIVO, tipo de contribuyente Sociedad, fecha de inicio de actividades el 22 de noviembre de 1984.

El operador económico con nombre comercial TUTTO FIORI, y razón social FRANKE STEFFEN THOMAS ERICH, en calidad de denunciado, mantiene el RUC 1708650443001, con estado de contribuyente SUSPENDIDO y fecha de inicio de actividades de 15 de mayo de 1984 y fecha de cese de actividades 31 de diciembre de 2019.

5.6.- La relación económica existente con la conducta

Respecto de la relación económica existente con la conducta, el denunciante, mediante su escrito de 10 de febrero del 2020, con ID 156629, manifestó que, el denunciado mediante la conducta denunciada estaría explotando variedades vegetales y marcas comerciales protegidos en Ecuador, violando derechos de varios obtentores vegetales ecuatorianos y extranjeros, así como también incumpliendo normativa tributaria, laboral y ambientales.

5.7.- Conclusiones económicas:



En el presente caso, esta Intendencia define preliminarmente al mercado producto, como las flores cortadas de rosas de exportación, y que las presuntas conductas estarían enmarcadas en el mercado geográfico de alcance regional principalmente en la región Sierra, a su vez se consideran dos posibles mercados relevantes: **1.-producción de flores cortadas; y, 2.- comercialización de flores comprendido por:** 2.1.- venta al por mayor de flores cortadas y 2.2.- venta al por menor de flores, en el presente caso, por la actividad del denunciando, cabe únicamente analizar el mercado de 2.- comercialización de flores comprendido por: 2.1.- venta al por mayor de flores cortadas; 2.2.- venta al por menor de flores. De manera complementaria, esta Intendencia identificó que el denunciado también realiza la exportación de flores. Por lo que, resultó pertinente identificar el mercado de exportación en el presente caso.

La duración de las presuntas conductas denunciadas se estaría llevando a cabo desde el inicio de las operaciones del denunciado esto es desde el año 1984, sin embargo, esta Intendencia no puede actuar fuera de sus competencias, esto es a partir de la vigencia de la LORCPM, 13 de octubre del 2011, hasta el 31 de diciembre de 2019, fecha en la que el denunciado cesó sus actividades conforme reposa en la información enviada por el SRI. En el caso del incumplimiento de obligaciones tributarias, laborales respecto del artículo 42 numeral 31 del Código de Trabajo, ambientales respecto del Acuerdo Ministerial 390.

Respecto del Acuerdo Ministerial N°. MDT- 2018-75, el presunto incumplimiento vendría cometiéndose desde el 10 de mayo de 2018; el acuerdo MDT-2019-008-A el presunto incumplimiento estaría desde el 01 de enero de 2019, y, respecto del presunto incumplimiento de normas de propiedad intelectual, esta Intendencia considera que la conducta vendría llevando a cabo desde el 04 de junio de 2019.

Por otro lado, la Resolución N°. 038 de Agrocalidad, la obligatoriedad del certificado BPA sería exigible a los operadores económicos desde el 15 de julio del 2020, es decir fuera de la fecha de presentación de la denuncia, lo indicado sin perjuicio de que AGROCALIDAD haya efectivamente ampliado el periodo de transición. Así como también, respecto de los Acuerdos Ministeriales N°. MDT-2019-394 y MDT-2019-395, el presunto incumplimiento tendría lugar desde el 01 de enero de 2020; sin embargo, el operador cesó sus actividades el 31 de diciembre de 2019, por lo que, no podría aplicar dichos acuerdos.

Con relación al análisis de las participación del operador económico denunciado Thomas Franke - TUTTO FIORI, no reportó ingresos en el 2018 dentro del sector definido como: G4620.15 Ventas al mayor de flores y plantas; sin embargo, entre los principales operadores se encuentran: el operador económico ROYALFLOWERS S.A., tiene una participación de 15,93% de este mercado, SUEÑOS DE LOS ANDES BOUQUETANDES SOCIEDAD ANÓNIMA, con el 8,85%, y FLORICULTURA JOSARFLOR, el 7,45%, y el 67,77% del mercado estaría dividido entre 131 operadores económicos que tienen una participación menor al 7%.

Al respecto, esta Intendencia evidencia que en la venta al por mayor de flores, existen operadores que su conjunto representan el 38%, y que incluso han mantenido su predominancia durante el periodo 2012 al 2018, conforme el análisis realizado con la información de la SUPERCIAS.



Esta Intendencia evidencia que existen operadores que lideran este mercado definido de manera preliminar, que mantienen unos ingresos sobre [REDACTED] (en venta al por mayor), y que al compararlos con la venta referida por el denunciante de [REDACTED] (al mes) o su vez de la información del SRI, habría reportado ingresos aproximados a los USD. [REDACTED] mil dólares, la incidencia del operador Thomas Franke - TUTTO FIORI su participación sería efímera en comparación de los líderes del mercado. Además, según el SRI, habría cesado sus actividades formalmente el 31 de diciembre de 2019, situación que permite a esta Intendencia evidenciar que a partir de esa fecha el efecto del denunciado sería nulo.

Además, conforme la información remitida por el SRI, en su declaración N°. 04201701 por concepto "Valor neto-total ventas y otras operaciones", el operador Thomas Franke - TUTTO FIORI habría reportado [REDACTED] para junio de 2018, lo que representaría menos del 0,01% del mercado de venta al por mayor de flores.

En cuanto al mercado de comercialización, el operador económico Thomas Franke - TUTTO FIORI registro exportaciones de aproximadamente [REDACTED] toneladas al año, lo que, en el periodo de 2017 a junio de 2020, significaría en promedio menos de 0,05% del total de exportaciones.

Situación que permite a esta Intendencia, preliminarmente, identificar que dicho mercado estaría atomizado,²⁴ al evidenciar que existen alrededor de 7.458 operadores²⁵ (131 que reportaron ingresos en el 2018) que actúan como comercializadores y que existen operadores económicos con una participación importante y han estado posicionados durante varios años (2012-2018)²⁶; por lo que, hasta el momento, no existirían indicios de que el operador económico denunciado pudiera tener una participación relevante en el mercado de comercialización de flores, venta al por mayor.

En este sentido, difícilmente podría un operador con las características del denunciado, generar un falseamiento en el mercado definido preliminarmente en el caso objeto de análisis.

5.8.- De la relación de los elementos de prueba presentados

Los elementos de prueba aportados por el denunciante en su denuncia con el fin de

²⁴ Dividir algo en partes sumamente pequeñas. Definición tomada del Diccionario de la lengua española. Recuperador de: <https://dle.rae.es/atomizar>. Además, en términos económicos, se refiere a la existencia de un gran número de compradores y vendedores en el mercado.

²⁵ Conforme la información remitida por AGROCALIDAD Dentro del mercado ecuatoriano existen alrededor de 15% de empresas que realizan la actividad de acopiador (4449 operadores), 38,5% de agente de carga (11.445 operadores), 25,1% son comercializadores directo (7458 operadores), 7,3% exportadores (2181 operadores) y el 14,1% productores (4207 operadores).

²⁶ Revisar históricos de la participación del sector de venta al por menor y al por mayor de flores.



probar las conductas denunciadas, fueron:

- Acuerdo 390 expedido por el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca;
- Listado de productos prohibidos conforme el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca;
- Resolución N°. 0038 expedida por el Director Ejecutivo de Agrocalidad;
- Acuerdo Ministerial N° MDT-2018-75, de 20 de abril de 2018 expedido por el Ministerio del Trabajo;
- Acuerdo Ministerial del Ministerio del Trabajo sobre los sueldos y salarios mínimos en el sector.
- Ruc de EXPOFLORES; y,
- Certificado del Servicio de Rentas Internas (SRI) e Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS)

En el escrito por medio del cual el denunciante aclaró y completó la denuncia aportó los siguientes medios probatorios:

- Copia del acta de inspección de 16 de septiembre de 2019, llevada a cabo el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales-SENADI, dentro de la tutela administrativa No. 038-2019-OV.
- Impresiones del Servicio de Rentas Internas con el detalle de los valores de las declaraciones de impuesto a la renta del denunciado.

SEXTO.- ANÁLISIS JURÍDICO, DETALLE DE LA DENUNCIA Y ESCRITO DE EXPLICACIONES.-

A efectos de realizar el análisis jurídico, esta Intendencia ha considerado resumir los parámetros de la denuncia y demás documentación que obra en el expediente, con base en estos, formular el respectivo problema jurídico y esbozar la argumentación para la solución del mismo conforme a la etapa procesal que corresponde.

6.1. DE LA DENUNCIA.-

Mediante denuncia presentada por el señor Oscar Vela Descalzo, en calidad de Apoderado Especial y Procurador Judicial de la Asociación de Productores y Exportadores de Flores del Ecuador EXPOFLORES, el día 22 de enero de 2020, las 16h02, con ID 155074, puso en conocimiento de la Intendencia, el presunto cometimiento de las prácticas desleales en la modalidad de violación de normas, dispuesto en el número 9 del artículo 27 de la LORCPM por el señor Thomas Erich Franke con nombre comercial "TUTTO FIORI".

En lo principal, la Asociación de Productores y Exportadores de Flores del Ecuador EXPOFLORES, en su denuncia, señaló:

6.1.1. Sobre las presuntas prácticas desleales de Thomas Franke - TUTTO FIORI



La denunciante dijo:

... [Es] importante que su Autoridad investigue el cumplimiento de la normativa laboral, de seguridad social, tributaria, ambiental y de propiedad intelectual por parte de la denunciada, en vista de que por mandato legal (...) el incumplimiento de normas legales constituye una práctica desleal que deriva en una afectación al mercado, conforme paso a explicar.²⁷

6.1.1.1. Sobre la importancia del cumplimiento de obligaciones ambientales y las buenas prácticas agrícolas para ornamentales

La denunciante señaló la importancia del cumplimiento de obligaciones ambientales y las buenas prácticas agrícolas para ornamentales, dijo que el sector florícola se rige por la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico del Ambiente y su Reglamento, el Acuerdo Ministerial 097A de noviembre de 2015 y el Acuerdo Ministerial 142.

Añadió también que, en mayo de 2018, el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca expidió el Acuerdo No. 390 mediante el cual aprobó el programa de certificación fitosanitaria de ornamentales de exportación, y que establecería los requisitos y procedimientos a cumplirse por parte de la persona natural o jurídica que pretenda dedicarse a la producción, exportación, importación y comercialización de plantas ornamentales. En este punto destacó que:

... [A]quellos operadores económicos, entre los que presumiblemente está el denunciado, que incumplen con este registro incurren en una práctica desleal porque afectan al resto de compañías que se han certificado conforme manda la ley”.²⁸

La compareciente mencionó que en marzo de 2019, mediante Resolución No. 0038, el Director Ejecutivo de la Agencia Ecuatoriana de Aseguramiento de la Calidad del Ministerio de Agricultura y Ganadería, habría establecido la obligatoriedad de la implementación y certificación de las Buenas Prácticas Agrícolas a los proveedores de empresas exportadoras, con el objeto de precautelar el comercio internacional de los productos. Asimismo indicó que todos los productores debieron registrarse para obtener dicha certificación, hasta el 31 de diciembre de 2019.

Al respecto la denunciante agregó que:

... [A]quellos operadores económicos, entre los que presumiblemente está la denunciada, que no cumplen con la certificación BPA, incurren en una práctica desleal frente a sus competidores que han cumplido con todos los requisitos ambientales y fitosanitarios que la industria florícola demanda.²⁹

²⁷ Escrito de denuncia, de 22 de enero de 2020, las 16h02 con Id. Trámite 155074, P. 5.

²⁸ Escrito de denuncia, de 22 de enero de 2020, las 16h02 con Id. Trámite 155074, P. 5.

²⁹ Escrito de denuncia, de 22 de enero de 2020, las 16h02 con Id. Trámite 155074, P. 6.



Expoflores denunció a esta Autoridad que:

... es importante que su Autoridad investigue si el denunciado se encuentra en pleno cumplimiento con sus obligaciones ambientales y fitosanitarias, porque en caso contrario, evidentemente estaría afectando a todo el mercado florícola del país al evadir el cumplimiento de certificaciones ordenadas por ley dentro de esta industria, además de los daños ambientales y sanitarios que pudieran causarse, de no cumplirse con las normas y regulaciones...³⁰

6.1.1.2. Sobre la importancia del cumplimiento de las obligaciones laborales

La denunciante señaló que el sector florícola es importante dentro de la economía ya que generaría más 50.000 empleos directos y 55.000 empleos indirectos, en cual la participación de mano de obra femenina es representativa.

Señaló que:

Todos los actores económicos que forman parte del sector florícola (productores, exportadores, centros de acopio y comercializadoras) están obligados a cumplir con la legislación laboral y en materia de seguridad social. Además, por ley están prohibidos de incurrir en toda forma de esclavitud o contratación de menores de edad para ciertos trabajos o para trabajos nocturnos.³¹

Argumentó sobre la importancia del cumplimiento de obligaciones de índole laboral. Particularmente señaló que de conformidad con el artículo 42, número 31 del Código de Trabajo, es obligación de todo empleador afiliar a sus trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Indicó también que, según el Acuerdo Ministerial No. MDT-2018-75 de 20 de abril de 2018, el Ministerio de Trabajo expidió regulaciones aplicables a los empleadores y el personal contratado bajo relación de dependencia para efectuar actividades del sector florícola. Añadió que, mediante acuerdo ministerial de 25 de enero de 2019, el referido Ministerio fijó los sueldos y salarios mínimos para el sector florícola.

EXPOFLORES manifestó que:

...[E]l denunciado estaría incumpliendo sus obligaciones en materia laboral, es importante que su autoridad investigue este hecho porque de verificarse la infracción, esto constituye una práctica desleal que afecta el mercado, sin perjuicio de las respectivas sanciones laborales que esto conlleva.³²

Señaló que, si esta autoridad llega a comprobar que el denunciado estaría incumpliendo

³⁰ Escrito de denuncia, de 22 de enero de 2020, las 16h02 con Id. Trámite 155074, P. 6.

³¹ Escrito de denuncia, de 22 de enero de 2020, las 16h02 con Id. Trámite 155074, P. 7.

³² Escrito de denuncia, de 22 de enero de 2020, las 16h02 con Id. Trámite 155074, P. 7.



normas laborales o de seguridad social, el operador económico estaría afectando gravemente a sus competidores ya que se encontraría operando a un costo menor de producción, lo que le otorgaría una ventaja competitiva obtenida ilegalmente, lo que se vería reflejado directamente en el precio final de venta de flores.

La compareciente solicitó que se investigue si el denunciado cumple o no con las obligaciones laborales y de seguridad social.

6.1.1.3. Sobre la importancia del cumplimiento de obligaciones relacionadas con derechos de propiedad intelectual

El denunciante indicó a esta Autoridad que el artículo 322 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce la propiedad intelectual. Añadió que la propiedad intelectual protege, entre otras, las obtenciones vegetales y signos distintivos, conforme los artículos 471, 359 y 364 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.

EXPOFLORES señaló que, una persona puede explotar una variedad vegetal protegida, siempre y cuando cuente con la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual. Explicó también que *“... [d]e no contarse con esta autorización o licencia, el denunciado está incurriendo en una infracción a los derechos de propiedad intelectual de su titular”*.

La compareciente manifestó:

El pago de regalías a los obtentores titulares de variedades vegetales y marcas comerciales es un rubro muy importante dentro de la industria florícola. Aquellos productores, exportadores, centros de acopio y comercializadores de flores que no pagan regalías a los obtentores no sólo incurren en graves violaciones de derechos de propiedad intelectual, sino que, además, compiten deslealmente pues comercializan flores que tienen un menor coste de producción debido a la violación de normas de propiedad intelectual.³³

Asimismo explicó que, el pago por regalías por derechos de propiedad intelectual siempre va incidir de manera significativa en el precio final de compra o venta de flores.

Refiriéndose al caso específico, agregó que el denunciado al señor Thomas Franke, estaría comercializando flores de variedades vegetales y marcas comerciales sin pagar regalías y sin la debida autorización legal y con un precio inferior, compitiendo así de forma desleal en el mercado.

Con base en estos argumentos solicitó a esta Autoridad que investigue el cometimiento de una práctica desleal por parte del accionado en lo correspondiente al incumplimiento de las normas contenidas en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.

³³ Escrito de denuncia, de 22 de enero de 2020, las 16h02 con Id. Trámite 155074, P. 8.

6.1.2. Petición

La Asociación de Productores y Exportadores de Flores del Ecuador EXPOFLORES, concretamente pidió lo siguiente:

1. Que se declare que el operador económico Thomas Franke ha cometido los actos de competencia desleal tipificados en el numeral 9 del artículo 27 de la LORCPM;
2. Que se ordene al operador económico Thomas Franke el cese definitivo de las prácticas comerciales desleales y cualquier otra conducta anticompetitiva;
3. Que se imponga al operador económico Thomas Franke el pago de la sanción máxima determinada en los artículos 78 y 79 de la LORCPM.³⁴

6.2. DEL ESCRITO CON EL CUAL EL DENUNCIANTE ACLARÓ Y COMPLETÓ LA DENUNCIA

Mediante providencia de 05 de febrero de 2020, las 14h00, se dispuso a la denunciante que en el término de 3 días contados a partir de la notificación con dicha providencia aclare y complete la denuncia por lo que la denunciante expuso lo siguiente:

6.2.1. Descripción de la conducta denunciada, indicando el período aproximado de duración o inminencia

La denunciante señaló que la conducta denunciada es la violación de normas, tipificada en el artículo 27, número 9 de la LORCPM, por parte del señor Thomas Erich Franke de normas de propiedad intelectual, ambiental, tributario y laboral, violación de dichas normas que le habrían otorgado una ventaja competitiva significativa, por el ahorro que estas causaron en la producción de rosas con relación a sus competidores.

Asimismo manifestó:

Respecto del presunto incumplimiento de normas de propiedad intelectual

El denunciante señaló que el infractor, estaría incumpliendo normas de propiedad intelectual al no obtener las licencias que se requieren para cultivar y comercializar variedades vegetales registradas antes el SENADI, ni haber pagado las regalías correspondientes.

Añadió que: "...[E]n Ecuador existen actualmente, aproximadamente [REDACTED] hectáreas de cultivos de rosas de las cuales **entre el 12% y el 14%** son hectáreas en las que están cultivándose variedades de rosas que cuentan con certificado de obtentor y se encuentran protegidas en el SENADI, sin que hayan obtenido las licencias necesarias de los titulares de tales derechos..."

Asimismo, el denunciante manifestó que: "...[E]l señor Thomas Erich Franke ha incumplido su obligación de obtener licencias y pagar regalías a las obtentores titulares

³⁴ Escrito de denuncia, de 22 de enero de 2020, las 16h02 con Id. Trámite 155074, P. 12.



de los derechos de propiedad intelectual de variedades vegetales. Como prueba de aquello, acompañó una copia del acta de inspección de 16 de septiembre de 2019, llevada a cabo por el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales-SENADI-dentro de la tutela administrativa número 038-2019-OV”.

Las variedades vegetales y marcas comerciales, que estarían siendo explotadas por el denunciado sin licencia, ni autorización de sus titulares, serían:

Certificado de Obtentor	Nombre Varietal	Marca Comercial	Obtentor
16-833	BBCLK		Brownbreeding Ingeniería S.A.
10-627	Kortida	Mondial	W. Kordes Rosenschulen GmbH & Ko KG.
18-957	KORcut0156	Pink Mondial	W. Kordes Rosenschulen GmbH & Ko KG.
3-245	Kormagoro	Carousel	W. Kordes Rosenschulen GmbH & Ko KG.
18-956	Interonotov	Explorer	Interplant B.V.
18-953	Intertweebar	Cabaret	Interplant B.V.
10-591	Schocerry	Cherry O!	Piet Schreurs Holding B.V.
15-805	Sch51045	Pink Floyd	Piet Schreurs Holding B.V.

Fuente: Escrito de denuncia, de 22 de enero de 2020, las 16h02 con Id. Trámite 155074, P. 12.

El denunciante mencionó que el señor Thomas Erich Franke estaría obteniendo una ventaja sobre los otros productores de flores evadiendo normas de propiedad intelectual que le permitirían ejercer su actividad económica con un costo inferior.

Respecto del presunto incumplimiento de normas tributarias

En este punto el denunciante manifestó que:

... [E]n el mercado de producción de rosas, cada hectárea tiene aproximadamente 70.000 plantas sembradas. Es decir, que en la finca donde opera el denunciado existirían más de 300.000 plantas de rosa sembradas.

Ahora bien, cada planta de rosa produce aproximadamente 12 flores por planta al año. El valor de venta promedio por cada flor de rosa es de 0.25. Es decir estaríamos hablando de ingresos de alrededor de [REDACTED] de dólares al año.

De la revisión del pago de impuesto a la renta el denunciado, se evidencia que desde el año fiscal 2009 hasta el 2019, es decir 11 años, el señor Franke ha pagado al Servicio de Rentas Internas apenas la suma de [REDACTED] [...] ³⁵

La denunciante señaló que esta Autoridad deberá investigar si en efecto el denunciado

³⁵ Escrito de aclaración, de 10 de febrero de 2020, las 16h42 con Id. Trámite 156629, P. 4.



estaría incumpliendo o no con su obligación de pago de impuestos, ya que esto implicaría que el denunciado se beneficie ya que obtendría un costo de producción más bajo frente a sus competidores producto de este incumplimiento.

Respecto del presunto incumplimiento de normas laborales

El denunciante señaló:

... [E]s importante que la Intendencia investigué si señor Franke se encuentra incumpliendo normas de carácter laboral, especialmente relacionadas con la contratación y condiciones del personal que trabaja en su finca pues este tipo de incumplimiento también afectan de forma directa a los competidores que se encuentran dentro del marco legal del país.

Además, EXPOFLORES explicó:

... [V]ale señalar que en el sector florícola se requieren aproximadamente 12 trabajadores por cada hectárea. Como se dijo, el señor Franke cultiva 4.5. hectáreas de plantas de rosas para la producción de flor cortada, lo que implica que debería contar con aproximadamente 50 trabajadores en su rol de pagos y afiliados al IESS. En su investigación, se deberá comprobar el número de trabajadores que están en el rol de pagos del denunciado y que cuentan además con afiliación al IESS.³⁶

Respecto al incumplimiento de normas ambientales

El denunciante mencionó, que dentro del marco legal que rige en el sector florícola, entre ellos el Acuerdo Ministerial N° 390 expedido por el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, así como la Resolución No. 0038 de marzo de 2019, expedida por el Director Ejecutivo de la Agencia Ecuatoriana de Aseguramiento de la Calidad del Ministerio de Agricultura y Ganadería, se habría establecido la obligatoriedad de la implementación y certificación de las Buenas Prácticas Agrícolas (en adelante BPA) a los proveedores de empresas exportadoras, con el objeto de precautelar el comercio internacional de los productos; e indicó que el plazo para registrarse y obtener el certificado de BPA había fenecido el 31 de diciembre del 2019.

También se refirió que la temporalidad de los hechos denunciados en contra del señor Franke se estaría llevando a cabo desde el inicio de sus operaciones comerciales esto es desde el año 2003.

6.2.2. La relación del involucrado con la conducta denunciada

La denunciante indicó que la relación del señor Thomas Franke, por el presunto incumplimiento de las normas jurídicas referidas *ut supra* se enmarcaría en que “... el denunciado estaría explotando variedades vegetales y marcas comerciales protegidos en

³⁶ Escrito de aclaración, de 10 de febrero de 2020, las 16h42 con Id. Trámite 156629, P. 4.



Ecuador, violando derechos de varios obtentores vegetales ecuatorianos y extranjeros”.

Argumentó también, que adjuntó pruebas sobre el incumplimiento de las obligaciones que tiene el denunciado con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y el Servicio de Rentas Internas con lo cual presumiblemente se demostraría el incumplimiento de carácter laboral y tributario.

6.2.3. Características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada así como bienes o servicios afectados

La denunciante señaló que:

26. El mercado relevante son flores cortadas de rosas para exportación.

27. Participan de este mercado relevante todos los floricultores cuya actividad principal es el cultivo de plantas de rosas en el Ecuador y la producción, comercialización y exportación de flores cortadas de rosas.

28. La ventaja competitiva para el denunciado está en que el costo de producción de las flores cortadas es menor al del resto de operadores económicos en el sector florícola por su reiterado incumplimiento de normas de propiedad intelectual, laborales, ambientales y tributarias, lo cual le permite vender sus flores a un menor costo y/o tener un mayor margen que el resto de floricultores.³⁷

6.2.4. Elementos de prueba razonablemente tenga a su alcance la denunciante

Respecto de este punto, la denunciante adjunto los siguientes documentos y manifestó:

29 ...[C]opia del acta de inspección de 16 de septiembre de 2019, llevada a cabo por el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales – SENADI- dentro de la tutela administrativa No. 038-2019-OV, donde se evidencia que el denunciado no ha obtenido licencia para explotar las variedades vegetales que se encuentran en su finca y no ha pagado las regalías que corresponden...

30. Acompaño las impresiones del Servicio de Rentas Internas SRI con el detalle de los valores de las declaraciones de impuesto a la renta del denunciado. (...) ha declarado un impuesto a la renta de USD\$ 0,00...

(...)

32. Debe tenerse en cuenta que, en nuestra denuncia hemos alegado también hechos negativos, que no pueden probarse, porque toda negación implica una afirmación de la

³⁷ Escrito de aclaración, de 10 de febrero de 2020, con Id. Trámite 156629, P. 6



proposición contraria, es decir, es el denunciado quién tendrá que demostrar ante su Autoridad que está cumpliendo en sus obligaciones.³⁸

6.2.5. Petición

La denunciante solicitó que se califique la denuncia por haber reunido los requisitos exigidos por la LORCPM.

6.2.6. Acumulación de procesos

La compareciente señaló y solicitó que, por economía procesal se acumule los procesos SCPM-IGT-INICPD-004-2020 (denunciado Texasflowers); SCPM-IGT-INICPD-005-2020 (denunciado Raúl Yáñez); SCPM-IGT-INICPD-007-2020 (denunciado Julio Atahualpa Galárraga); y, SCPM-IGT-INICPD-008-2020 (denunciado Asociación ASPROPAFLO), por cuanto los denunciados estarían incurriendo en el mismo acto de competencia desleal.

6.3. DEL ESCRITO DE EXPLICACIONES:

Mediante providencia de 13 de febrero de 2020, las 16h00, en cuya parte pertinente dispuso: *“córrase traslado con el contenido de la denuncia y anexos, la providencia de 05 de febrero de 2020, las 14h00, así como también con el escrito y anexos mediante el cual aclara y completa la denuncia, al señor THOMAS ERICH FRANKE (...), para que, en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación con la presente providencia, el denunciado presente sus explicaciones”*.

De la revisión del expediente, se desprende que el día 17 de febrero de 2020, las 09h30 el operador Thomas Franke - TUTTO FIORI, fue notificado con el contenido de la providencia de 13 de febrero de 2020, así como los anexos adjuntos a la misma, mediante la cual, la Intendencia concedió el término de 15 días para que presente su escrito de explicaciones.

El día 11 de marzo de 2020, feneció el término para que presente su escrito de explicaciones.

Por lo expuesto y una vez revisado el expediente, esta Intendencia observó que el operador Thomas Franke - TUTTO FIORI, no presentó su escrito de explicaciones, por lo que se deja constancia.

6.4. Problema Jurídico

Con base en las principales argumentaciones de los operadores económicos denunciante y denunciado y en virtud de que el operador económico denunciante, en su escrito de denuncia, así como en su escrito por la que la completó y aclaró, señaló como conducta denunciada la violación de norma contenida en el numeral 9 del artículo 27 de la LORCPM,

³⁸ Escrito de aclaración, de 10 de febrero de 2020, las 16h42 con Id. Trámite 156629, P. 6.



el problema jurídico pertinente del presente caso es:

¿Existen indicios sobre el cometimiento de prácticas desleales por violación de normas por parte del operador Thomas Franke - TUTTO FIORI en el marco de la LORCPM?

A fin de dar solución al problema jurídico planteado esta Autoridad realiza el siguiente análisis:

6.4.1. Análisis de la conducta.-

El operador económico EXPOFLORES, en sus escritos de 22 de enero y 10 de febrero de 2020, denunció que las presuntas prácticas desleales incurridas por el señor Thomas Erich Franke de nombre comercial TUTTO FIORI, estarían contenidas en el numeral 9 del artículo 27 de la LORCPM, en su parte pertinente, establece:

9.- Violación de Norma.- 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 [...]. (Énfasis añadido)

En ese sentido, del análisis exegético de la norma, a criterio de esta Autoridad, la práctica desleal por violación de normas tiene tres modalidades claramente identificadas: 1) el abuso de procesos judiciales o administrativos; 2) el incumplimiento de una norma jurídica general o específica; y, 3) el incumplimiento de una norma de acceso concurrencial.³⁹

En este orden de ideas, el primer inciso tipifica como desleal la prevalencia en el mercado, mediante una ventaja competitiva significativa lograda a través del abuso de procesos judiciales o administrativos, así como, del incumplimiento de normas jurídicas de mandato o prohibición, es decir, aquellas normas que los operadores económicos deben cumplir dentro del giro propio de sus negocios.

Respecto al segundo inciso, la norma tipifica la infracción de normas de acceso concurrencial, es decir, la infracción de normas de obligatorio cumplimiento que regula el acceso de los operadores económicoa a un mercado determinado, por lo cual, el inciso de dicho artículo exige que los operadores económicos que participan en un mercado determinado lo hacen con las debidas autorizaciones.

³⁹ Entendiendo a esta como norma de acceso al mercado.



En la doctrina respecto a la violación de normas, Guillermo Cabanellas de las Cuevas señala:

“[...] La verificación del supuesto de hecho ilícito de violación de normas no se da ante cualquier infracción del ordenamiento jurídico realizada por un comerciante, sino solo respecto a aquellas violaciones normativas que otorgan una ventaja competitiva al infractor respecto a sus competidores, de tal suerte que sin dicha infracción la ventaja no existiría [...]”.⁴⁰

Por lo cual, previo a definir la modalidad la violación de normas cabe analizar si las disposiciones presuntamente infringidas serían normas que deben cumplir los operadores económicos en el giro de su actividad o son normas de acceso concurrencial.

Al respecto desde una perspectiva teórica, esta Intendencia consideró:

El primer inciso tipifica como desleal la prevalencia en el mercado, mediante una ventaja competitiva significativa lograda a través del incumplimiento de normas jurídicas, tales como ambientales, laborales, tributarias, entre otras, es decir, aquellas normas que los operadores económicos deben cumplir dentro del giro propio de sus negocios. En este punto, no se cuestiona si el operador participó o no con las debidas autorizaciones dentro de un determinado mercado.

Por otro lado, el segundo inciso de esta norma jurídica reprocha como desleal, el hecho de concurrir o participar en un determinado mercado sin las autorizaciones o permisos que el ordenamiento jurídico establece como obligatorios para ejercer determinada actividad de comercio.⁴¹

En ese sentido, el Acuerdo N°. 390, de 8 de mayo de 2008 establece el Certificado Fitosanitario para Ornamentales de Exportación (CFOE), dicho certificado es un requisito necesario para que las plantas ornamentales puedan ingresar al país que importa, por lo cual, esta norma sería de acceso concurrencial respecto del mercado de exportación de flores.

Por su parte, la Resolución N°. 028, de 17 de marzo de 2015 establece el Certificado de Buenas Prácticas Agrícolas de Ornamentales, el cual es obligatorio a partir de la Resolución N°. 038, de 15 de marzo de 2019, expedida por el Director Ejecutivo de la Agencia Ecuatoriana de Aseguramiento de la Calidad del Agro-Agrocalidad, sin embargo, el “Manual de Procedimientos para la Certificación de Unidades de Producción en Buenas Prácticas Agropecuarias”, de 15 de enero de 2020, establece un periodo de transición para el cumplimiento de dicha resolución, disponiendo 6 meses posteriores a la publicación del

⁴⁰ Cabanellas de las Cuevas Guillermo, Derecho de la Competencia Desleal, Heliasta, Volumen 3, Buenos Aires Argentina, 2014, página 689

⁴¹ Expediente SCPM-IGT-INICPD-008-2019, Informe de Investigación Preliminar, de 18 de febrero de 2020, las 17h15, P. 33



manual para que los operadores presenten la solicitud de certificación de unidades de producción agropecuaria, siendo el plazo hasta el 15 de julio de 2020.

En ese orden de ideas, Agrocalidad mediante Circular Nro. AGR-AGROCALIDAD/CIA-2020-000004-C, de 27 de abril de 2020, dirigida a Gremios, Asociaciones y Empresas, manifestó que consideraba extender el periodo de transición hasta el 30 de diciembre de 2020.

Por lo cual, a la fecha de la presentación de la denuncia, no existiría la presunta infracción de la Resolución N°. 028, de 17 de marzo de 2015, en concordancia con la Resolución N°. 038, de 15 de marzo de 2019, configurándose un posible incumplimiento desde que feneció el plazo para la presentación de la solicitud, esto es el 15 de julio de 2020 según el “Manual de Procedimientos para la Certificación de Unidades de Producción en Buenas Prácticas Agropecuarias” o el 30 de diciembre de 2020, conforme lo manifestado por Agrocalidad en la Circular N°. AGR-AGROCALIDAD/CIA-2020-000004-C.

Respecto de los Acuerdos Ministeriales N°. MDT-2018-75; N°. Acuerdo Ministerial N° MDT-2019-008-A; N°. MDT-2019-394; y, N°. MDT-2019-395, expedidos por el Ministerio del Trabajo, si bien dichas normas establecen obligaciones exclusivas para los operadores participantes del mercado de ornamentales, cabe mencionar que estas obligaciones tienen su origen al momento de la contratación de personas por los operadores económicos, es decir, la obligación nace cuando el operador económico está realizando actividades económicas en el mercado y no previo a su entrada al mismo, por lo cual estas normas no son normas de acceso concurrencial.

Respecto de las normas de seguridad social, tributarias y propiedad intelectual denunciadas, esta Intendencia considera que no son normas aplicables exclusivamente al ámbito del mercado de ornamentales, pues son leyes de cumplimiento obligatorio para las personas naturales o jurídicas que realizan el rol o los supuestos facticos establecidos en dichas normas, por lo cual ninguna de las normas referidas podrían considerarse de acceso concurrencial.

Por lo tanto, en consideración que existen normas jurídicas generales y normas de acceso concurrencial, en el caso objeto de análisis, la modalidad de la presunta práctica desleal, *a priori*, devendría de la segunda y tercera modalidad determinada en nuestra ley.

Al respecto, la violación de normas que regulan la actividad comercial, y no el acceso del operador económico, contiene a su vez, tres elementos que necesariamente deben estar relacionados, los cuales son: a) prevalencia en el mercado; b) ventaja competitiva significativa; y, c) infracción de una norma jurídica.

Respecto a la prevalencia en el mercado, según la Real Academia de la Lengua Española, prevalencia es la acción y efecto de prevalecer, que, a su vez en su primera modalidad,



significa “Sobresalir, tener alguna superioridad o ventaja entre otras”.

En tal sentido, conforme el ámbito de nuestra ley, para que exista una práctica de competencia desleal por violación de normas, en esta modalidad, es necesario que exista una prevalencia en el mercado del operador económico investigado. Sin embargo, dicha prevalencia no puede ser producto de otros factores tales como la dinámica del mercado, eficiencia económica, innovación tecnológica, etc., sino que necesariamente debe provenir de una ventaja competitiva significativa producto de la infracción normativa, es decir, tiene una suerte de causa y efecto intrínseco entre los elementos constitutivos de la infracción.

Siguiendo este orden de ideas, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (SIC) en la resolución dictada dentro procedimiento N° 13-013416, respecto de la ventaja competitiva significativa, señaló que: “la identidad de la ventaja impone una mejor posición en el mercado para el que la obtiene”. Dicha situación es aplicable dentro de nuestro ámbito normativo, en tanto que, como se dijo anteriormente, es necesario que la prevalencia en el mercado tenga como origen una ventaja competitiva significativa que a su vez sea el resultado de la violación de normas generales o específicas.

Finalmente, para la configuración de la práctica de competencia desleal por violación de normas jurídicas, debe existir una infracción normativa que permita generar una ventaja competitiva artificial que de otra manera no la tendría, permitiéndole al operador que infringe la norma jurídica prevalecer en el mercado. Es decir, nuevamente encontramos una necesaria e intrínseca relación de causa y efecto entre violación de la norma jurídica y la ventaja competitiva significativa.

Por otra parte, en el caso de normas de acceso concurrencial no es necesario acreditar la prevalencia en el mercado, sin embargo, es necesario que exista: a) infracción de una norma de acceso concurrencial; y, b) ventaja competitiva significativa, que conforme nuestra legislación puedan tener un efecto pernicioso en el mercado.

En el caso concreto, el denunciante señaló que el señor Thomas Erich Franke de nombre comercial TUTTO FIORI estaría cometiendo actos de violación de normas por el incumplimiento de normas laborales, tributarias, ambientales, fitosanitarias y de propiedad intelectual, obteniendo de dicho incumplimiento una ventaja competitiva.

En este sentido, al tratarse de normas pertenecientes a diferentes ramas del ordenamiento jurídico ecuatoriano, esta Autoridad realizará el análisis de los hechos respecto de cada una de las normas que presuntamente incumpliría el denunciado, como primer punto de análisis, para luego verificar que dicho incumplimiento otorgue una ventaja significativa, y en el caso correspondiente que permita a este operador prevalecer en el mercado, o si el operador económico tiene la capacidad de falsear el régimen de competencia en el mercado relevante.

6.4.2. Del posible cometimiento de prácticas desleales de violación de norma por parte del señor Thomas Erich Franke



Para determinar la existencia o no de violación de normas es necesario revisar cada una de las normas que el señor Thomas Erich Franke presuntamente habría violado, y así determinar si estos configurarían la práctica desleal denunciada, que a continuación se analiza:

6.4.2.1. Del presunto incumplimiento de normas laborales y de seguridad social

6.4.2.1.1. Presunto incumplimiento de los Acuerdos Ministeriales N°. MDT-2018-75; N°. ° MDT-2019-008-A, MDT-2019-394; y, N°. MDT-2019-395.

Con relación al presunto incumplimiento de normas laborales, el denunciante no aportó las pruebas necesarias que permitan valorar a esta Autoridad, el posible un incumplimiento de normas laborales, sin embargo, solicitó que esta dependencia investigue el incumplimiento de normas laborales, especialmente aquellas relacionadas con la contratación y condiciones del personal que trabaja en la finca.

De conformidad con la normativa establecida, la Constitución de la República del Ecuador, ordena que:

(...) Art. 33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.

(...) Art. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos: (...) 6. Impulsar el pleno empleo y valorar todas las formas de trabajo, con respeto a los derechos laborales.

(...) Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: (...) 2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.

Art. 327.- La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa.

Se prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora, la contratación laboral por horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva. El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley.

Art. 328.- La remuneración será justa, con un salario digno que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora, así como las de su familia; será inembargable, salvo para el pago de pensiones por alimentos.

El Estado fijará y revisará anualmente el salario básico establecido en la ley, de aplicación general y obligatoria. (...)



El Código de Trabajo, establece que:

(...) Art. 3.- Libertad de trabajo y contratación.- El trabajador es libre para dedicar su esfuerzo a la labor lícita que a bien tenga.

Ninguna persona podrá ser obligada a realizar trabajos gratuitos, ni remunerados que no sean impuestos por la ley, salvo los casos de urgencia extraordinaria o de necesidad de inmediato auxilio. Fuera de esos casos, nadie estará obligado a trabajar sino mediante un contrato y la remuneración correspondiente.

En general, todo trabajo debe ser remunerado.

Art. 4.- Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario.

Art. 5.- Los funcionarios judiciales y administrativos están obligados a prestar a los trabajadores oportuna y debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos

(...) Art. 42.- (...) 31. Inscribir a los trabajadores en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, desde el primer día de labores, dando aviso de entrada dentro de los primeros quince días, y dar avisos de salida, de las modificaciones de sueldos y salarios, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, y cumplir con las demás obligaciones previstas en las leyes sobre seguridad social;

En este marco jurídico, le corresponde al Ministro del Trabajo dentro del ámbito de sus atribuciones expedir los acuerdos y resoluciones administrativas que requiera su gestión al amparo de lo establecido en el numeral 1 del artículo 154 de la norma constitucional; y, en concordancia con el artículo 539 del Código de Trabajo.

En este contexto, el Ministerio de Trabajo emitió el Acuerdo Ministerial No. MDT-2018-0075 de 10 de mayo de 2018, que expide la normativa que regula las modalidades del sector florícola y determina:

(...) Art. 4.- Modalidades contractuales.- Para atender las actividades productivas propias del sector florícola, a través de la presente Norma se crean las siguientes modalidades contractuales: "Contrato de Trabajo Especial Permanente a Jornada Completa para el Sector Florícola"; y, "Contrato de Trabajo Especial Discontinuo a Jornada Parcial para el Sector Florícola.

Art. 5.- Del contrato de Trabajo.- Las modalidades contractuales dispuestas en el presente Acuerdo Ministerial, deberán celebrarse por escrito, cumpliendo las formalidades, requisitos y condiciones contenidas en la presente Norma, Código de Trabajo y demás regulaciones especiales que el Ministerio del Trabajo emita para el efecto (...).

(...) Art. 8.- Obligación de registro del contrato.- El "Contrato de Trabajo Especial Permanente a Jornada Completa para el Sector Florícola"; y el, "Contrato de Trabajo Especial Discontinuo a jornada Parcial para el Sector Florícola", deberán ser registrados por parte del empleador en la plataforma informática del Ministerio del Trabajo, que destine para este fin.



Art.9.- Pago de remuneración.- El pago de la remuneración bajo el “Contrato de Trabajo Especial Perramente a Jornada Completa para el sector Florícola”; y, “Contrato de Trabajo Especial Discontinuo a Jornada Parcial para el Sector Florícola”, se podrá realizar diariamente, semanalmente, quincenalmente o mensualmente previo acuerdo de las partes.

La remuneración del trabajador florícola en general, no podrá ser inferior a la fijada por la Comisión Sectorial para cada actividad o su proporcional de ser el caso.

Asimismo, la disposición General OCTAVA del mismo Acuerdo ordena:

Los empleadores deberán registrar en la plataforma informática del Ministerio del Trabajo los contratos de trabajo referentes a las tipologías contractuales emitidas e través del presente Acuerdo Ministerial, en un máximo de diez (10) días plazo, contados a partir de la suscripción de dichos contratos.

Del mismo modo, el Acuerdo Ministerial N°. MDT-2019-394, vigente desde el 1 de enero de 2020, en el cual se estableció el salario básico unificado para el año 2020.

El Acuerdo No. MDT-2019-008-A, vigente a partir del 01 de enero de 2019, mediante el cual se expidió el ACUERDO MINISTERIAL DE FIJACIÓN DE SUELDOS, SALARIOS MÍNIMOS SECTORIALES Y TARIFAS PARA EL SECTOR PRIVADO POR RAMAS DE ACTIVIDAD, QUE ABARCAN LAS DIFERENTES COMISIONES SECTORIALES, mediante el cual establece:

“Art. 2.- De las comisiones Sectoriales.- La fijación de sueldos, salarios mínimos y tarifas para el sector privado, se realizará acorde a las Comisiones Sectoriales y sus respectivas estructuras ocupacionales [...]”

De igual manera, el Ministerio del Trabajo expidió el Acuerdo No. MDT-2019-395, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 120, del 14 de enero del 2020, vigente desde el 1 de enero de 2020, mediante el cual se expidió el ACUERDO MINISTERIAL DE FIJACIÓN DE SUELDOS, SALARIOS MÍNIMOS SECTORIALES Y TARIFAS PARA EL SECTOR PRIVADO POR RAMAS DE ACTIVIDAD, QUE ABARCAN LAS DIFERENTES COMISIONES SECTORIALES.

En virtud de lo expuesto, así como del escrito de denuncia y aclaración, se desprende que, las relaciones contractuales entre los trabajadores del sector florícola ya sean que estos inmersos en la producción, comercialización, importación y exportación de productos ornamentales se encuentran regulados en el Acuerdo Ministerial No. MDT-2018-0075.

Además se observó que la relación laboral contractual inter-partes es bilateral como lo establece la Constitución, por lo que de existir un desacuerdo laboral o en el que se estuvieran vulnerando los derechos de los trabajadores, los mismos deberían acudir y realizar el reclamo pertinente ante la Autoridad competente esto es el Ministerio de Trabajo, quien determinaría la existencia o no de incumplimiento laboral y establecería la sanción de ser el caso, teniendo en cuenta lo que establece el artículo 5 del Código de Trabajo: “Los funcionarios judiciales y administrativos están obligados a prestar a los trabajadores



oportuna y debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos”.

En tal virtud, si bien la relación laboral es bilateral entre empleador y trabajador, no es menos cierto que el Estado es el ente regulador de esa relación por lo que puede verificar, a través de las instituciones pertinentes, en este caso el Ministerio del Trabajo, el efectivo cumplimiento de las obligaciones laborales establecidas en la Constitución del Ecuador, Código del Trabajo y los Acuerdos Ministeriales N°. MDT-2018-0075; MDT-2019-008-A; N°. MDT-2019-394; y, N°. MDT-2019-395.

Por lo cual, si bien el Ministerio del Trabajo es el ente encargado de precautelar el cumplimiento de las obligaciones en el contexto de una relación laboral, lo cual no menoscaba la competencia que tiene la SCPM para conocer la posible violación de normas, incluso en el ámbito laboral, siempre que dichas conductas constituyan actos de competencia desleal en el marco de la LORCPM.

En el presente caso, el denunciante señaló un posible incumplimiento de normativa laboral. A fin de verificar o desvirtuar dicha aseveración, esta Autoridad realizó un requerimiento de información al Ministerio del Trabajo al ser este el ente encargado de precautelar las obligaciones de la relación laboral. Esta entidad no ha atendido dicha petición, por lo que, esta Autoridad considera, conforme la propia denuncia que podrían existir indicios sobre el incumplimiento respecto del incumplimiento del Acuerdo Ministerial No. MDT-2018-0075; MDT-2019-008-A.

Con respecto al presunto incumplimiento de los Acuerdos No. MDT-2019-394 y No. MDT-2019-395, es indispensable señalar como consta en la duración de la conducta, que al operador Thomas Franke - TUTTO FIORI, no serían aplicables dichos acuerdos en tanto, conforme el SRI, formalmente habría cesado sus actividades desde el 31 de diciembre de 2019.

Además, aún en el supuesto que existieran indicios suficientes de la existencia de la conducta, resulta necesario que la violación de normas tenga como efecto la ventaja competitiva, la prevalencia en el mercado y conforme el artículo 26 de la LORCPM el falseamiento de la competencia, situación que, como fue analizada en el acápite del análisis económico de la presente investigación, por las características del operador económico denunciado Thomas Franke - TUTTO FIORI, no tendría la capacidad de falsear el régimen de competencia en el mercado relevante definido preliminarmente.

En tal virtud, la competencia para conocer la posible infracción de normas laborales señalada por el denunciante recaería en las competencias del Ministerio del Trabajo.

6.4.2.1.2. Incumplimiento de normas de seguridad social

Respecto de la violación de norma de seguridad social, el denunciante dio a conocer que el



señor Thomas Franke, cultivaría una plantación 4.5 hectáreas de plantas de rosas, y para su producción tendría que contar con 50 trabajadores aproximadamente en su rol de pagos y afiliados al IESS, aseveración realizada por el denunciante, mismo que no proporcionó la información suficiente que corrobore que el denunciado necesite esa cantidad de trabajadores.

Al respecto, el artículo 34 de la CRE ordena:

El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas. (...)

El artículo 2 de la Ley de Seguridad Social determina:

Son sujetos "obligados a solicitar la protección" del Seguro General Obligatorio, en calidad de afiliados, todas las personas que perciben ingresos por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella; (...).

De conformidad con el Acuerdo Ministerial No. MDT-2018-75 de 20 abril de 2018, (NORMA QUE REGULA LAS MODALIDADES CONTRACTUALES ESPECIALES PARA EL SECTOR FLORÍCOLA) que establece:

SEGUNDA.- La afiliación y pago de aportaciones bajo esta modalidad contractual se realizara conforme a los mecanismos definidos por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. (...)

En esta línea, conforme determinado en el inciso primero del artículo 370 de la norma constitucional y 19 de la Ley de Seguridad Social, el Sistema del Seguro General Obligatorio es competencia del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Sin embargo, esto no resta la competencia que tiene la SCPM para conocer la posible violación de normas, incluso en el ámbito de la seguridad social, siempre que dichas conductas constituyan actos de competencia desleal y generen una afectación al interés general.

En el presente caso, el denunciante manifestó un posible incumplimiento de normativa laboral y de seguridad social.

En ese orden de ideas, esta Intendencia consultó la página web del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en la cual, se desprende del certificado de cumplimiento de obligaciones patronales que el señor Thomas Erich Franke Steffen con Nro. 1708650443001 "SI registra obligaciones patronales en mora por un valor de [REDACTED], por lo que existirían indicios del presunto incumplimiento normas de seguridad social.

Sin perjuicio de lo indicado, resulta necesario que la violación de normas tenga como efecto la ventaja competitiva, la prevalencia en el mercado y conforme el artículo 26 de la LORCPM el falseamiento de la competencia, situación que, como fue analizado en el acápite del análisis económico de la presente investigación, por las características del denunciado, al



evidenciar que tendría una participación de 0,01%, o por exportaciones de 0,05% y que la estructura del mercado corresponde a un mercado atomizado, esta Intendencia considera que el denunciado no tendría la capacidad de impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, que atentara contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios en el mercado definido en el presente caso.

Por lo cual, en el presente caso la competencia para conocer la posible infracción de normas de seguridad social señaladas por el denunciante correspondería al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

6.4.2.2. Del presunto incumplimiento de normas ambientales

6.4.2.2.1. Respecto del presunto incumplimiento de la Certificación Fitosanitaria para Ornamentales de Exportación

De acuerdo con el denunciante, las normas ambientales que regulan al sector florícola están en la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico del Ambiente y su Reglamento.

El artículo 400 de la Constitución de la República del Ecuador que ordena: “(...) *de interés público la conservación de la biodiversidad y todos sus componentes, en particular la biodiversidad agrícola y silvestre y el patrimonio genético del país.* (...)”

Asimismo la APLICACIÓN DE MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS (Componente del ANEXO 1A del Protocolo de Adhesión a la Organización Mundial de Comercio), del 28 de junio de 1996, establece que los países: “*Miembros tienen derecho a adoptar las medidas sanitarias y fitosanitarias necesarias para (...) preservar los vegetales (...)*”, y define que la medida sanitaria o fitosanitaria, es toda medida que se aplica para proteger la vida y la salud de los animales, o que sirve para preservar los vegetales frente a riesgos resultantes de la entrada o propagación de plagas o enfermedades.

La Ley Orgánica de Sanidad Agropecuaria, de 3 de julio del 2017, regula el desarrollo de actividades, servicios y la aplicación de las medidas fito y zoosanitarias; su ámbito de aplicación conforme el artículo 2 de la Ley antes referida determina que **las “... disposiciones de esta Ley son de orden público e interés social y de cumplimiento obligatorio dentro del territorio nacional de conformidad con la Ley....”** (Énfasis añadido)

El Capítulo I, de la protección fitosanitaria, artículo 21 de la Ley antes citada determina que: “(...). **El control fitosanitario y sus medidas son de aplicación inmediata y obligatoria para las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, dedicadas a la producción, comercialización, importación y exportación de tales plantas y productos.**” (Énfasis añadido)

Con relación a la Exportación el artículo 53 de la Ley antes citada, determina que:



Las exportaciones y reexportaciones de plantas, productos vegetales y artículos reglamentados, deberán cumplir con los requisitos fitosanitarios y someterse a la inspección fitosanitaria establecidos en la Ley y su reglamento, así como el instrumento internacional pertinente; y se realizarán únicamente por los puntos de salida oficialmente designados por la Autoridad Agraria Nacional.

La Agencia, evaluará las condiciones fitosanitarias de plantas, productos vegetales y artículos reglamentados previo al proceso de exportación y será la encargada de la emisión del **certificado fitosanitario** correspondiente." (Énfasis añadido)

Asimismo, el Acuerdo Ministerial N° 390 expedido por el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca establece:

Artículo 1.- Aprobar el Programa de Certificación Fitosanitaria de Ornamentales de Exportación (PCFOE), (...) el cual establece procedimientos que debe cumplir toda persona natural o jurídica que se dedica a la producción, exportación, importación y comercialización de productos de plantas de ornamentales, material de propagación y artículos reglamentados de especies de plantas ornamentales.

Artículo 2.- Todo cargamento de ornamentales y sus derivados a ser exportados a cualquier país del mundo deberá salir acompañado de su certificado fitosanitario emitido por el SESA.

En este sentido, el Certificado Fitosanitario de Ornamentales de Exportación es un requisito que deben cumplir ya sean personas naturales o jurídicas que produzcan, acopien, comercialicen, ornamentales para exportación.

El Programa de Certificación Fitosanitaria de Ornamentales de Exportación, otorgado por el Servicio Ecuatoriano de Sanidad Agropecuaria SESA hoy Agencia de Regulación y Control Fito y Zoonosanitario, establece los requerimientos que debe cumplir todo cargamento de ornamentales que vaya a ser exportado con el fin de obtener el certificado fitosanitario de exportación. En adición, los operadores económicos deben registrarse conforme la actividad económica que realizan.

De la revisión de la información proporcionada por la Agencia de Regulación y Control Fito y Zoonosanitario mediante Memorando Nro. AGR-AGC/Z2/PICHINCHA-2020-000640-M de 31 de marzo de 2020, mediante el cual se informó que el señor Thomas Franke de nombre comercial Tutto Fiori "NO POSEE CERTIFICACIÓN, OPERADOR INACTIVO".

Por otro lado el señor Thomas Erich Franke, conforme la información entregada por AGROCALIDAD, constaría como productor, acopiador y exportador. Asimismo del análisis económico preliminar se desprende, que el denunciado realizaría exportaciones conforme la partida arancelaria N° 0603110000, correspondiente a "ROSAS FRESCAS CORTADAS".

En este orden de ideas, de acuerdo con la información proporcionada por el SRI, el operador económico habría realizado exportaciones, que en su total no superan el 0,05% del total de toneladas de exportaciones.



En virtud del análisis realizado, esta Intendencia, *a priori*, entendería que existen indicios sobre un posible incumplimiento por no contar con el certificado fitosanitario de exportación por parte del denunciado, sin embargo, al considerar el análisis económico preliminar realizado en el presente caso este no tendría la capacidad de falsear el régimen de competencia conforme lo establece el artículo 5 y 26 de la LORCPM, situación que, como fue analizado en el acápite del análisis económico de la presente investigación, por las características del denunciado, al evidenciar que tendría una participación de 0,01% y 0,05% de las exportaciones totales y que la estructura del mercado corresponde a un mercado atomizado, esta Intendencia considera que el denunciado no tendría la capacidad de impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios en el mercado relevante definido en el presente caso.

En tal sentido, al tratarse de un tema particular, la competencia para conocer una posible infracción del Acuerdo N°. 390 señalada por el denunciante recaería en las autoridades fitosanitarias.

6.4.2.2.2. Respetto del presunto incumplimiento del Certificado de Buenas Prácticas Agrícolas para Ornamentales

La resolución N°. 028 expedida por el Director Ejecutivo de la Agencia Ecuatoriana de Aseguramiento de la Calidad del Agro-Agrocalidad, de 17 de marzo de 2015, en su artículo 1 determina: *"Aprobar la "Guía de Buenas Prácticas Agrícolas para Ornamentales" documento que se adjunta como ANEXO a la presente Resolución y que forma parte integrante de la misma.*

La Guía de Buenas Prácticas Agrícolas para Ornamentales en su artículo 2 determina:

Las disposiciones contenidas en la presente Guía, se aplicarán en todo el territorio del Ecuador, a todas las personas naturales o jurídicas, solas o asociadas, considerados como pequeños, medianos, grandes productores, acopiadores, comercializadores y exportadores y sus diferentes combinaciones; que se dediquen a procesos relacionados con la propagación de plántulas, cultivo, cosecha, poscosecha, empaque, almacenaje y comercialización de flores, follajes, frutos, plantas en maceta y otros materiales vegetales considerados como de uso ornamental y de consumo humano.

La Resolución No. 038, expedida por la Agencia Ecuatoriana de Aseguramiento de la Calidad del Ministerio de Agricultura y Ganadería, que resolvió sobre la obligatoriedad de la implementación y certificación de las Buenas Prácticas Agrícolas (en adelante BPA) a los proveedores de empresas exportadoras, con el objeto de precautelar el comercio internacional de los productos agropecuarios, la misma que estaría vigente a partir de su suscripción esto es desde el 15 de marzo de 2019.

Sin embargo, mediante Resolución Nro. 0041, se aprobó el MANUAL DE PROCEDIMIENTO PARA LA CERTIFICACIÓN DE UNIDADES DE PRODUCCIÓN DE



BUENAS PRÁCTICAS AGROPECUARIAS”, manual que se encuentra vigente desde el 15 de enero de 2020, y que establece un periodo de transición para la aplicabilidad de la Resolución 038, en su parte pertinente ordena:

Art. 15.- PERIODO DE TRANSICIÓN Y OBLIGATORIEDAD DE CERTIFICACIÓN EN BPA PARA EXPORTADORES.- En cumplimiento de la Resolución 038 del 15 de marzo de 2019 y sus modificatorias, en la cual establece la obligatoriedad de BPA para exportadores, se estipula el siguiente procedimiento:

- a) La Agencia realizará la verificación de la implementación, certificación y cumplimiento de las BPA de los proveedores de las empresas exportadoras de acuerdo al presente manual.
- b) Las empresas exportadoras tendrán que declarar el listado de sus proveedores a la Agencia.
- c) Se priorizará los productos en función del riesgo, de acuerdo a parámetros históricos, notificaciones por incumplimiento recibidas, volumen exportado, entre otros que considere pertinente la Agencia.
- d) Los proveedores deberán **ingresar el formulario de solicitud de certificación de unidades de producción agropecuaria (FSC UPA) de acuerdo a los parámetros indicados anteriormente, en las oficinas** de la Agencia a nivel nacional donde se encuentren las UPAs, **hasta 6 (seis) meses posteriores a la publicación del presente manual.** (Énfasis añadido)
- e) Se coordinará con los técnicos certificados como implementadores de BPA, los cuales, les brindarán el asesoramiento adecuado para la obtención de la certificación de BPA.
- f) **Posterior a la culminación de la recepción de la solicitud de certificación se tendrá un tiempo aproximado de 12 (doce) meses para alcanzar la certificación de BPA.** (Énfasis añadido)
- g) En caso de requerir algún tipo de aplazamiento este deberá ser sustentado técnicamente para dar por aprobada dicha solicitud, con un tiempo similar al inicial.” [Énfasis añadido]

Por lo expuesto, se desprende que para dar cumplimiento a la Resolución 038, se deberá seguir el procedimiento correspondiente para la obtención del certificado de buenas prácticas agrícolas, implementado en el manual antes referido, el mismo que determina un periodo de transición de 6 meses aproximadamente a partir de la vigencia del manual esto es desde el 15 de enero 2020, por lo que una vez fenecido este periodo se podrá exigir la obligatoriedad de contar con dicha certificación.

En ese orden de ideas, Agrocalidad mediante Circular Nro. AGR-AGROCALIDAD/CIA-2020-000004-C, de 27 de abril de 2020, dirigida a Gremios, Asociaciones y Empresas, manifestó que Agrocalidad consideraba extender el periodo de transición hasta el 30 de diciembre de 2020.

Por lo cual, la obligación de poseer el certificado BPA nace desde el fenecimiento del plazo para la presentación de la solicitud, esto sería a partir del 15 de julio de 2020, es decir, fuera



de la fecha del ingreso de la denuncia, lo indicado sin perjuicio de que AGROCALIDAD haya efectivamente ampliado el periodo de transición.

De lo expuesto, se colige que el señor Thomas Franke - TUTTO FIORI al constar en los registros de Agrocalidad como una empresa productora, acopiadora y exportadora de tipo flores, necesariamente deberá realizar el trámite para la obtención de la certificación BPA que tiene el carácter de obligatorio, pero al encontrarse aún dentro del periodo de transición, no se podría determinar que estaría incumpliendo, más aún cuando esta Intendencia evidenció, conforme el SRI, que el operador formalmente habría cesado su actividad en diciembre de 2019.

En tal sentido, al no identificar incumplimiento de la normativa por parte del señor Thomas Franke - TUTTO FIORI no es necesario el análisis de otros elementos adicionales como la ventaja competitiva significativa. Además, como fue analizado en el acápite del análisis económico de la presente investigación, conforme establece el artículo 26 de la LORCPM, el operador económico denunciado no tiene la capacidad de impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios en el mercado definido en el presente caso.

Finalmente en el supuesto caso de que el fenecimiento efectivo fuese el 15 de julio de 2020 para la obtención del certificado de BPA, situación que a la fecha no ha sido aportada dentro del expediente, el operador económico denunciado, conforme el análisis económico, no tendría la capacidad de falsear el régimen de competencia en este mercado relevante definido preliminarmente.

6.4.2.3. Del presunto incumplimiento de normas tributarias

La Constitución de la República de Ecuador en su artículo 301 establece:

Sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos. Sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley.

El artículo 1 del Código Tributario ordena:

Ámbito de aplicación.-Los preceptos de este Código regulan las relaciones jurídicas provenientes de los tributos, entre los sujetos activos y los contribuyentes o responsables de aquellos. Se aplicarán a todos los tributos: nacionales, provinciales, municipales o locales o de otros entes acreedores de los mismos, así como a las situaciones que se deriven o se relacionen con ellos.

Para estos efectos, entiéndase por tributos los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales o de mejor.

Respecto a la obligación tributaria, el artículo 15 del referido Código, manda:



Obligación tributaria es el vínculo jurídico personal, existente entre el Estado o las entidades acreedoras de tributos y los contribuyentes o responsables de aquellos, en virtud del cual debe satisfacerse una prestación en dinero, especies o servicios apreciables en dinero, al verificarse el hecho generador previsto por la ley.

Dentro de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, se establecen los impuestos recaudados por el Servicio de Rentas Internas del Ecuador, los cuales son: Impuesto a la Renta (IR); Impuesto al Valor Agregado (IVA); Impuesto a los Consumos Especiales (ICE); y, Impuesto a la Salida de Divisas (ISD).

Dentro de este contexto la obligación tributaria nace cuando se realiza el hecho generador establecido por la ley; y, por tanto, las personas naturales y jurídicas deben cumplir con estas obligaciones tributarias. Respecto al hecho generador, el Código Tributario en su artículo 16 establece: *"Se entiende por hecho generador al presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo."*

Asimismo el artículo 67 de la misma norma determina:

Implica el ejercicio de las siguientes facultades: de aplicación de la ley; la determinadora de la obligación tributaria; la de resolución de los reclamos y recursos de los sujetos pasivos; la potestad sancionadora por infracciones de la ley tributaria o sus reglamentos y la de recaudación de los tributos.

En el presente caso, al ser infracción tributaria, no es necesario un acto administrativo sancionador por parte del SRI para la investigación del ilícito de violación de normas, pues la LORCPM no determina que, para el inicio de una investigación por el ilícito de violación de normas deba existir una investigación, expediente o resolución en firme por parte de la institución o autoridad competente respecto de las normas presuntamente incumplidas.

En ese orden de ideas, el real límite contenido en la LORCPM respecto de las competencias que tiene la SCPM para conocer la posible conducta de violación de normas se encuentran en los requisitos contenidos en el artículo 27, numeral 9 de la LORCPM -es decir, la prevalencia en el mercado mediante una ventaja competitiva significativa-, así como el falseamiento de la competencia en el mercado relevante, de conformidad con lo determinado en los artículos 26 y 5 de la LORCPM, respectivamente.

Respecto del incumplimiento de normas tributarias, el denunciante manifestó que, el señor Thomas Erich Franke estaría incumpliendo con la obligación tributaria legal del pago de impuesto conforme se detalla a continuación:

Consulta de Impuesto a la Renta Causado y Salida de Divisas

RUC / cédula

1708650443001

Apellidos y nombres

FRANKE STEFFEN THOMAS ERICH

Detalle de valores - 16 registros

Año fiscal	Impuesto a la Renta Causado		Impuesto a la Salida de Divisas
	Formulario	Valor	
2019	107	\$0.00	\$0.00
2018		La Declaración de Renta a 21 no ha sido presentada	\$0.00
2017	100	\$5,083.34	\$0.00
2016	100	\$0.00	\$2.12
2015	100	\$278.25	\$4.89
2014	100	\$0.00	\$0.00
2013	100	\$286.34	\$10.32
2012	100	\$0.00	\$0.00
2011	100	\$06.45	\$0.00
2010	107	\$0.00	\$0.00
2009	107	\$1.86	\$24.49
2008	107	\$0.00	\$0.00
2007	100	\$0.00	\$0.00
2006	100	\$0.00	\$0.00
2005	107	\$437.89	\$0.00
2004	107	\$754.03	\$0.00

Fuente: Servicio de Rentas Internas (SRI)

Elaborado por: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

De la revisión de la información entregada por el Servicio de Rentas Internas mediante Oficio N°. 917012020OSTN000803, de fecha 11 de mayo del 2020, en el cual hace referencia en su parte pertinente que el señor Thomas Franke, *"no mantiene procedimientos administrativos abiertos en su contra o sanciones en ámbito tributario"*; además indicó que *"Certificado del RUC, (...) registra una suspensión cuyo motivo es "Cese de Actividades", con fecha 31 de julio de 2017"*.

Asimismo, en la página web del Servicio de Rentas Internas, esta Intendencia verificó que el RUC 1708650443001 perteneciente al señor Thomas Erich Franke, con nombre comercial *"TUTTO FIORI"*, tiene como actividad económica principal la venta al por mayor de flores. Su estado de contribuyente en la actualidad es **"SUSPENDIDO"**⁴² desde el 31 de diciembre de 2019.

En virtud de lo expuesto, esta Autoridad después de haber revisado la información aportada por el SRI, en la que señaló que el denunciado no tiene procesos administrativos sancionadores, esta Intendencia concluye que no existen indicios necesarios que demuestren que el operador económico denunciado habría presuntamente violado dicha norma.

⁴² Información constante en la página web del Servicio de Rentas Internas, obtenida de: <https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-en-linea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc>



Sin perjuicio de lo indicado, aún en el supuesto que concurrieran indicios suficientes de la existencia de la conducta, resulta necesario que la violación de normas tenga como efecto la ventaja competitiva, la prevalencia en el mercado y conforme los artículos 5 y 26 de la LORCPM, el falseamiento de la competencia, situación que, como fue analizado en el acápite del análisis económico de la presente investigación, por las características del denunciado, al evidenciar que tendría una participación de 0,01% y 0,05% del total de exportaciones, y que la estructura del mercado corresponde a un mercado atomizado, esta Intendencia considera que el denunciado no tendría la capacidad de impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios en el mercado relevante definido en el presente caso.

Por lo que, la competencia para conocer la posible infracción tributaria señalada por el denunciante recaería en la competencia de las autoridades tributarias.

6.4.2.4. Del presunto incumplimiento de normas de propiedad intelectual

El artículo 322 de la Constitución de la República del Ecuador: “... *reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley...*”.

Asimismo el artículo 10 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, Creatividad e Innovación establece que el organismo responsable de la protección de los derechos intelectuales “... *Es el organismo técnico adscrito a la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, (...)*”; en concordancia con el artículo 11 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, que establece las atribuciones de la entidad encargada de la gestión de la propiedad intelectual.

El artículo 85 de la misma norma protege “(...) *los derechos intelectuales en todas sus formas (...)*”; y, “(...), **este Código les garantiza protección contra la competencia desleal**”. (Énfasis añadido).

De conformidad con el artículo 319 numeral 4, del referido código que establece:

Art. 319.- Condiciones para el otorgamiento de licencias obligatorias.- El otorgamiento de licencias obligatorias y el uso público no comercial regulados en esta Sección estarán sujetos a lo siguiente: (...)

4. El licenciatario deberá reconocer en beneficio del titular de la patente una remuneración adecuada según las circunstancias de cada caso, habida cuenta del valor económico de la licencia o uso público no comercial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 315. En defecto de acuerdo entre las partes, luego del término de treinta días de notificada la decisión de la autoridad competente en materia de derechos intelectuales al titular de la patente sobre la concesión

En la denuncia como en el escrito de aclaración el denunciante señaló que: “*el señor Thomas*



Erich Franke ha incumplido su obligación de obtener licencias y pagar regalías a los obtentores titulares de los derechos de propiedad intelectual de variedades vegetales. Como prueba de aquello, acompañó una copia del acta de inspección de 16 de septiembre de 2019, llevada a cabo por el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales-SENADI-dentro de la tutela administrativa número 038-2019-OV”, que las variedades vegetales y marcas comerciales, que estarían siendo explotadas por el denunciado sin licencia, ni autorización de sus titulares, serían:

Certificado de Obtentor	Nombre Varietal	Marca Comercial	Obtentor
16-833	BBCLK		Brownbreeding Ingeniería S.A.
10-627	Kortida	Mondial	W. Kordes Rosenschulen GmbH & Ko KG.
18-957	KORcuto156	Pink Mondial	W. Kordes Rosenschulen GmbH & Ko KG.
3-245	Kormagoro	Carousel	W. Kordes Rosenschulen GmbH & Ko KG.
18-956	Interonotov	Explorer	Interplant B.V.
18-953	Intertweebar	Cabaret	Interplant B.V.
10-591	Schocerry	Cherry O!	Piet Schreurs Holding B.V.
15-805	Sch51045	Pink Floyd	Piet Schreurs Holding B.V.

Por lo que esta Autoridad solicitó al Servicio Nacional de Derechos Intelectuales SENADI información constante en el Cuestionario Nro. 003, a lo que el SENADI dio atención mediante Oficio Nro. SENADI-DNOV-MA-2020-0076-OF de 9 de marzo de 2020, que en su parte pertinente manifestó:

- Respecto a la pregunta 2 que remita copia certificada de los derechos de obtentor otorgados a favor del operador económico en el cual se debía detallar el año en que fueron otorgados y la fecha de terminación de la misma respondió *“NO existen Derechos de obtentor otorgados a favor del señor Thomas Erich Franke Steffen, quien opera bajo el nombre comercial TUTO FIORI”*;
- En relación a la pregunta 3 del mismo cuestionario en el que se le solicitó remitir copias certificadas de los títulos de variedad vegetal, en el cual se debía detallar la fecha de inscripción y la fecha de expiración, respondió *“NO existen títulos de variedades vegetales a favor del señor Thomas Erich Franke Steffen, quien opera bajo el nombre comercial TUTO FIORI”*;
- Finalmente, con respecto a la pregunta 4, mediante la cual se le requirió copias certificadas de los contratos de transferencia o licencia con su respectivo registro respondió *“NO existe contratos de transferencia o licencias sobre variedades vegetales inscritos en esta Dirección Nacional a favor del señor Thomas Erich Franke Stteffen, quien opera bajo el nombre comercial de TUTO FIORI”*.

De la información remitida por el SENADI, dentro de la Tutela Administrativa Nro. 038-2019-OV iniciada el 17 de junio de 2019, consta una notificación con fecha 04 de junio de



2019 dirigida hacia el señor Thomas Erich Franke, la cual contiene la terminación de contratos de licencias de uso de variedades vegetales de titularidad de las compañías: W. KORDES SÖHNE Rosenschulen GmbH & Co KG; DELBARD; y, INTERPLANT LICENSING B.V.

Asimismo dentro de la Tutela Administrativa se encuentra el informe pericial de la inspección llevada a cabo el 16 de septiembre de 2019, el cual reflejó que 2 fincas de las 3 que fueron inspeccionadas eran de propiedad del denunciado, en las cuales se encontraron las variedades vegetales que ya no podían ser explotadas comercialmente por el señor Thomas Franke conforme la notificación del 04 de junio de 2019.

Por lo que, a priori, y conforme el SENADI el operador no contaba con las respectivas licencias que le permitirían actuar conforme lo establece el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (COESCCI), en su artículo 485, respecto a los certificados obtentores, establece que:

Una vez concedido el derecho de obtentor éste tendrá un plazo de duración de dieciocho años para el caso de las variedades de vides y de árboles forestales, frutales y ornamentales, incluidos sus porta injertos, y de quince años para las demás variedades, contados a partir de la fecha de otorgamiento del certificado.

Para aquellas variedades que aún no hayan sido comercializadas en el país, el plazo de duración del derecho de obtentor, registrado inicialmente en el país de origen, durará el tiempo que falte para completar el período de vigencia del primer registro de aquel país.

De igual manera, el artículo 487 de la misma norma establece que:

El derecho de obtentor confiere a su titular el derecho a impedir que terceras personas realicen sin su consentimiento cualquiera de los siguientes actos respecto del material de reproducción, propagación o multiplicación de la variedad ornamental protegida:

1. Producción, reproducción, multiplicación o propagación;
2. Preparación con fines de reproducción, multiplicación o propagación;
3. Oferta en venta, venta o cualquier otro acto que implique la introducción en el mercado del material de reproducción, propagación o multiplicación;
4. Exportación o importación; y,
5. Posesión para cualquiera de los fines mencionados en los numerales precedentes.

También confiere el derecho a impedir los actos indicados en los literales anteriores respecto de las plantas enteras y partes de plantas, obtenido por el uso no autorizado del material de reproducción o multiplicación de la variedad protegida, a menos que el titular hubiese podido razonablemente ejercer su derecho exclusivo en relación con dicho material de reproducción o de multiplicación.

Asimismo, confiere el derecho a impedir la utilización comercial de las plantas o partes de plantas como material de multiplicación con el objeto de producir plantas ornamentales o partes de plantas ornamentales.

El artículo 493 ibídem establece que:



Un Derecho de Obtentor o una solicitud en trámite podrá ser objeto de transferencia o licencia para la explotación de la variedad.

Toda transferencia, autorización de uso o licencia de un Derecho de Obtentor vegetal o una solicitud en trámite de concesión, deberá constar por escrito e inscribirse ante la autoridad competente en materia de derechos intelectuales y, se perfeccionarán y surtirán efectos a partir de su inscripción.

Cualquier persona interesada podrá solicitar la inscripción de una transferencia o licencia.

A fin de tener mayores indicios sobre la existencia o no de incumplimientos en materia de propiedad intelectual, esta Intendencia solicitó información al Servicio Nacional de Derechos Intelectuales SENADI, dicha información fue ingresada a través de oficio de 5 de marzo de 2020, signada con el número de ID. 159027.

En la información remitida por el SENADI, esta dependencia identificó la existencia de certificados obtentor de variedades vegetales registrados en dicha Institución por los operadores económicos referidos *ut supra*, en los cuales respecto de la variedad vegetal KORTIDA perteneciente al operador económico W. Kordes Rosenschulen GmbH & Co KG tiene vigencia hasta el 28 de octubre de 2030 y respecto a la variedad vegetal INTERNOTOV perteneciente al operador económico Interplant B.V tiene vigencia hasta el 30 de agosto de 2033.

Por lo cual, conforme lo establecido en líneas anteriores los titulares de certificados obtentores de variedades vegetales le confieren el derecho de impedir que terceros realicen los actos establecidos en el artículo 487 del COESCCI, sin embargo, la excepción establece que un tercero puede explotar variedades vegetales protegidas por un certificado obtentor a través de licencias o contratos de transferencia otorgado por los titulares de dichos certificados, los cuales deben estar debidamente inscritos en el SENADI.

En virtud del análisis realizado, esta Intendencia, *a priori*, entendería que existen indicios sobre un presunto incumplimiento de propiedad intelectual por parte del denunciado ya que a pesar de haber sido notificado con la terminación de los contratos de licencias de uso de variedades vegetales de titularidad de las compañías: W. KORDES SÖHNE Rosenschulen GmbH & Co KG; DELBARD; y, INTERPLANT LICENSING B.V., continuó explotando dichas variedades, sin embargo, al considerar el análisis económico realizado en el presente caso, esta Intendencia identifica que conforme el artículo 26 de la LORCPM, por las características del denunciado, al evidenciar que tendría una participación de 0,01% y 0,05% de exportación; y que la estructura del mercado corresponde a un mercado atomizado, esta Intendencia considera que el denunciado no tendría la capacidad de impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios en el mercado definido en el presente caso.

Al respecto, el inciso 2 del artículo 26 de la LORCPM, establece que:



“Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia.” (Énfasis añadido)

En concordancia con el primer inciso del artículo 31 del Reglamento de la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado determina:

Art. 31.- Denuncia ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Si presentada una denuncia por la presunta comisión de prácticas desleales ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dicha autoridad determina, durante la etapa preliminar o al concluir la etapa de investigación, **que únicamente se discuten cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares y que tales prácticas no podrían producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores o usuarios, remitirá el expediente a la autoridad competente en materia de propiedad intelectual**, la que avocará conocimiento y resolverá de conformidad con la ley que regule la propiedad intelectual y con el ordenamiento jurídico. (Énfasis añadido)

En tal virtud, al identificar una posible práctica desleal que no podría producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores o usuarios y está relacionada con la infracción de derechos de propiedad intelectual, esta Intendencia considera que no es competente para conocer temas entre pares, situación por la cual se remite al SENADI.

6.4.3.- Conclusiones del análisis jurídico

Del análisis jurídico realizado en el presente caso, esta Intendencia consideró que, pese a que AGROCALIDAD manifestó que el denunciado no posee la certificación BPA, no existiría la infracción, pues la obligatoriedad establecida en la Resolución N°. 038 de AGROCALIDAD no está vigente en la actualidad.

Así también, con respecto al presunto incumplimiento de los Acuerdos No. MDT-2019-394 y No. MDT-2019-395 que entró en vigencia desde el 01 de enero de 2020, es indispensable señalar que al operador Thomas Franke - TUTTO FIORI, según el SRI, habría formalmente cesado sus actividades desde el 31 de diciembre de 2019. En este sentido, la referida norma no le sería aplicable.

Por otro lado, respecto a la Certificación Fitosanitaria de Ornamentales de Exportación, constante en el Acuerdo Ministerial N°. 390, de 8 de mayo de 2008, esta Intendencia evidenció que el operador denunciado realizaría la actividad de exportación y que dentro del expediente no ha remitido dicha certificación, por lo que existiría indicios de un posible incumplimiento, sin embargo del análisis económico esta Autoridad identificó que no cumpliría con los parámetros del artículo 26 de la LORCPM, en tanto el denunciado no tendría la capacidad de falsear el régimen de competencia.

En el ámbito de seguridad social y laboral, existirían indicios de posibles incumplimientos de norma por parte del operador al operador Thomas Franke - TUTTO FIORI.



En ámbito tributario, esta Autoridad conforme lo referido por el SRI, el denunciado no tiene proceso administrativo sancionador, además que en la actualidad estaría formalmente suspendido por cese de actividades, esta Intendencia concluye que no existen indicios necesarios que demuestren que el operador económico denunciado habría presuntamente violado dicha norma.

En materia de propiedad intelectual, conforme la Tutela Administrativa del SENADI, el denunciado no contaría con títulos de variedades vegetales, contratos de transferencia o licencia de variedades vegetales registrados, ya que 04 de junio de 2019, al señor Thomas Erich Franke, se le habría notificado con la terminación unilateral de contratos de licencias de uso de variedades vegetales de titularidad de las compañías: W. KORDES SÖHNE Rosenschulen GmbH & Co KG; DELBARD; y, INTERPLANT LICENSING B.V., en tal sentido existirían indicios del presunto incumplimiento de derechos de propiedad intelectual.

En ese sentido, es importante mencionar que el incumplimiento de una norma jurídica no es propiamente el ilícito de competencia desleal, sino que producto de este incumplimiento exista ventaja competitiva significativa, la prevalencia en el mercado y el falseamiento de la competencia resultado de la violación de dichas normas.

Respecto del análisis económico, los operadores que predominan en este mercado serían: ROYALFLOWERS S.A.: 15,93% ingresos totales y 21,06% ingresos por exportaciones; SUEÑOS DE LOS ANDES BOUQUETANDES SOCIEDAD ANÓNIMA: 8,85% ingresos totales y 11,90% ingresos por exportaciones; FLORICULTURA JOSARFLOR S.A.: 7,45% ingresos totales y 10,24% ingresos por exportaciones; y, ECUADORUNIQUE COLLECTION S.A.: 5,68% ingresos totales y 7,54% ingresos por exportaciones, sumadas todas las participaciones, es decir que 67,77% se divide para los demás participantes dentro de esto mercado que les establecería una participación menor al 7%.

Dentro del mercado relevante definido preliminarmente, se observó que existen operadores económicos que predominan estos mercados, con ingresos que superan los [REDACTED] millones (en venta al por mayor), y que comparados con las declaraciones realizadas por el denunciado conforme la información del SRI por concepto de "Valor neto-total ventas y otras operaciones" este alcanzaría el valor de [REDACTED] el mismo que representaría menos del 0,01% así como mantendría una participación de 0,05% del total de exportaciones, por lo que el señor Thomas Franke - TUTTO FIORI., su actuar en este mercado sería mínima.

En tal virtud esta Intendencia evidencia que el operador económico denunciado no tendría la capacidad suficiente para falsear el régimen de competencia dentro de este mercado relevante de conformidad con los artículos 5 y 26 de la LORCPM.

Por lo expuesto, considerando de que existirían indicios tanto en propiedad intelectual, seguridad social, exigencia del certificado fitosanitario y los Acuerdos Ministeriales N°.



MDT- 2018-75 y MDT-2019-008-A, cabe señalar que como lo establece el artículo 26 de la LORCPM, y conforme el análisis económico realizado en el presente caso, el operador económico Thomas Erich Franke – TUTTO FIORI no tendría la capacidad suficiente para falsear el régimen de competencia dentro de este mercado relevante de conformidad con los artículos 5 y 26 de la LORCPM.

Lo mencionado, sin perjuicio de que el denunciante pueda presentar los escritos que correspondan ante los respectivos órganos de control.

6.5.- Otras consideraciones

Mediante escrito de 10 de febrero de 2020, las 16h42, con ID 156629, EXPOFLORES solicitó que, por economía procesal se acumulen los procesos SCPM-IGT-INICPD-004-2020 (denunciado Texasflowers); SCPM-IGT-INICPD-005-2020 (denunciado Raúl Yáñez); SCPM-IGT-INICPD-007-2020 (denunciado Julio Atahualpa Galárraga); y, SCPM-IGT-INICPD-008-2020 (denunciado Asociación ASPROPAFLO), por cuanto los denunciados estarían incurriendo en el mismo acto de competencia desleal.

Al respecto, el Instructivo de gestión procesal Administrativa de la SCPM, en su artículo 7 dispone:

El órgano de investigación de oficio o a solicitud de los interesados, podrá ordenar la acumulación de expedientes cuando entre ellos exista una conexión directa; para esto, se tomará en cuenta las siguientes consideraciones:

- 1.- Que el **proceso investigativo** que se pretende acumular esté en conocimiento de una misma Intendencia; y,
- 2.- Que los **procesos investigativos** se encuentren en la misma fase de investigación. (Énfasis añadido).

De la revisión de la norma transcrita se desprende que, para que proceda la acumulación de expedientes es necesario que exista un “proceso investigativo”. En el presente caso, el expediente de investigación se encuentra en la etapa preliminar, al igual que los expedientes señalados por el denunciante. En tal virtud, la petición del denunciante no es procedente.

SÉPTIMO.- RESOLUCIÓN:

Por los fundamentos de hecho, de derecho y análisis económico realizado esta Autoridad **RESUELVE:**

PRIMERO.- Ordenar el archivo del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-006-2020, de la denuncia presentada por el operador económico Asociación de Productores y Exportadores de Flores del Ecuador EXPOFLORES en contra del señor Thomas Erich Franke con nombre comercial TUTTO FIORI, al identificar que si bien existirían indicios de presunto incumplimiento de propiedad intelectual, seguridad social, exigencia del certificado fitosanitario y los Acuerdos Ministeriales N°. MDT- 2018-75 y MDT-2019-008-A, esta Intendencia evidenció que de conformidad con el 26 de la LORCPM, el denunciado no



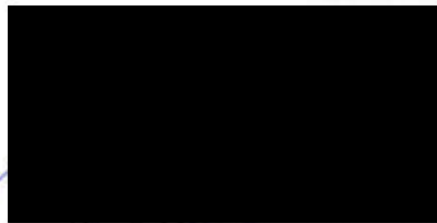
podría falsear el régimen de competencia o atentar contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios en este mercado relevante definido de manera preliminar.

SEGUNDO.- Negar la petición de acumulación de expedientes realizada por el denunciante mediante escrito de 10 de febrero de 2020.

TERCERO.- En atención al inciso segundo del artículo 26 de la LORCPM y al artículo 31 del Reglamento a la LORCPM, al identificar que en el presente caso se discuten cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, remítase el presente expediente al SENADI, a fin de que actúe en el marco de sus competencias.

CUARTO.- Poner en conocimiento de la Intendencia General Técnica el contenido de la presente resolución.

QUINTO.- Continúe actuando la funcionaria pública María José Gutiérrez como Secretaria de temporal dentro del presente procedimiento administrativo.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**



Abg. Pablo Carrasco Torrontegui

**INTENDENTE NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS
DESLEALES**



REF. RES-SCPM-IGT-INCPD-2020-11

