

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
- **Órgano de origen:** INICPD
- **Expediente de origen:** SCPM-IGT-INICPD-006-2020
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-006-2020
- **Denunciante / Apelante:** ASOCIACIÓN DE PRODUCTORES Y EXPORTADORES DE FLORES DEL ECUADOR
- **Denunciado:** THOMAS ERICH FRANKE (TUTTO FIORI)

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 23 de octubre de 2020, a las 12h00.- Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada consta en el expediente; en conocimiento del Recurso de Apelación presentado por el señor Andrés Larrea Savinovich, en calidad de Apoderado Especial y Procurador Judicial de la Asociación de Productores y Exportadores de Flores del Ecuador EXPOFLORES, en contra de la Resolución de 16 de julio de 2020 de las 16h00, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales dentro del Expediente No. SCPM-IGT-INICPD-006-2020; en uso de mis facultades legales, dispongo:

PRIMERO.- DOCUMENTOS QUE SE AGREGAN AL EXPEDIENTE.-

- a) Agréguese al expediente el Informe No. SCPM-DS-023-2020 de 22 de octubre de 2020 suscrito electrónicamente por el economista Carl Pfistermeister Mora en calidad de especialista técnico dentro del presente expediente administrativo.

SEGUNDO.- COMPETENCIA.-

En virtud de lo dispuesto en los artículos 44 numeral 2; 65; y, 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso de Apelación planteado.-

TERCERO.- VALIDEZ PROCESAL.-

Verificada que ha sido la tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, se desprende que la misma no adolece de vicios de procedimiento, ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal; por lo que ésta Autoridad declara la validez del mismo.-

CUARTO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-

El abogado Andrés Larrea Savinovich, en calidad de Apoderado Especial y Procurador Judicial de la Asociación de Productores y Exportadores del Ecuador EXPOFLORES [en adelante EXPOFLORES], mediante escrito ingresado en la ventanilla virtual de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado [en adelante SCPM], con número de trámite 166128, interpuso Recurso de Apelación en contra de la Resolución de 16 de julio de 2020 de las 16h00 emitida por el abogado Pablo Carrasco Torrontegui, Intendente Nacional de Investigación y Control de

Prácticas Desleales [en adelante INICPD] dentro del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-006-2020.

La admisión a trámite del referido Recurso de Apelación fue debidamente analizada en esta instancia mediante providencia de 12 de agosto de 2020 de las 16h00, en la que se verificó que la impugnación cumpla los requisitos formales, como son el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación; observándose que el recurso cumplía con los mismos.-

QUINTO.- ACTO IMPUGNADO.-

El acto administrativo impugnado por el operador económico EXPOFLORES es la Resolución de 16 de julio de 2020, de las 16h00, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, dentro del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-006-2020, en la que se resolvió:

*“[...] **PRIMERO.-** Ordenar el archivo del expediente No. SCM-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°. MDS-2018-75 y MDT-2019-008-A, esta Intendencia evidenció que de conformidad con el artículo 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 20 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 [...]”*

SEXTO.- PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECURRENTE.-

El operador económico EXPOFLORES en su escrito de apelación realiza la siguiente petición:

“[...] Con los fundamentos de hecho y de derecho anunciados, apelo de la resolución de 16 de julio de 2020, a las 16.00 h, expedida por el Abg. Pablo Carrasco Torrontegui, Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, dentro del proceso SCPM-IGT-INICPD-006-2020, para ante el Superintendente de Control del Poder del Mercado, Dr. Danilo Sylva, con el fin de que se revoque y se deje sin efecto la misma por contravenir lo dispuesto por los artículos 25, 26, 27 número 9, 54, 56, y demás aplicables de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado y se ordene el inicio de la investigación por prácticas desleales en contra del operador económico Thomas Erich Franke Steffen.



Solicito se sirva ordenar la acumulación de expedientes con las denunciadas signadas bajo los números: SCPM-IGT-INICPD-004- 2020; SCPM-IGT-INICPD-005-2020; SCPM-IGT-INICPD-007-2020 y SCPM-IGT-INICPD-008-2020 [...]”

Pretensiones fundamentadas en los siguientes puntos básicos:

- i. Que, existe una errónea determinación del mercado relevante dentro del expediente administrativo.
- ii. Que, la INICPD negó injustificadamente la acumulación de expedientes administrativos, incumpliendo con su facultad investigativa y de sanción.
- iii. Que, existen elementos que permitirían presumir la existencia de violación de normas jurídicas por parte del operador económico denunciado en las áreas de: a) Propiedad Intelectual, 2) Laboral, 3) Tributaria, 4) Seguridad Social; respecto de los cuales el órgano de sustanciación ha encontrado indicios que facultan continuar con el procedimiento investigativo.

SÉPTIMO.- CONSTANCIA PROCESAL.-

a) Dentro del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-006-2020, se resaltan las siguientes actuaciones administrativas:

- i. Escrito de 22 de enero de 2020, mediante el cual el señor Óscar Vela Descalzo en calidad de Apoderado Especial y Procurador Judicial de EXPOFLORES presentó la denuncia en contra del señor Thomas Erich Franke;
- ii. Providencia de 05 de febrero de 2020 de las 14h00, mediante la cual el abogado Pablo Carrasco Torrontegui, en calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, dispuso que el operador económico EXPOFLORES aclare y complete el libelo de su denuncia;
- iii. Escrito de 10 de febrero de 2020 mediante el cual el operador económico EXPOFLORES dio cumplimiento a la providencia supra;
- iv. Providencia de 13 de febrero de 2020 de las 16h00, mediante la cual el abogado Pablo Carrasco Torrontegui, en calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales calificó la denuncia del operador económico EXPOFLORES y avocó conocimiento de la misma, disponiendo que se corra traslado con su contenido al operador económico Thomas Erich Franke, con nombre comercial TUTTO FIORI a fin de que presente sus explicaciones en el término de quince (15) días;
- v. Medio de verificación de notificación por boleta en la dirección del operador económico Thomas Erich Franke, ubicada en la calle Claveles y Nardos, casa

No.1, cantón Cayambe, provincia de Pichincha, entregada personalmente al denunciado el 17 de febrero de 2020 por Correos del Ecuador;

- vi. Providencia de 27 de febrero de 2020 de las 10h45, mediante la cual el abogado Pablo Carrasco Torrontegui, en calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, solicitó al operador económico Thomas Erich Franke que de atención al cuestionario No. 002;
- vii. Razón de 12 de marzo de 2020 sentada por la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado, mediante la cual se informó que la providencia supra “[...] no pudo ser notificada *“rechazado por el titular”* [...]”;
- viii. Resolución de 16 de julio de 2020 de las 16h00, mediante la cual el abogado Pablo Carrasco Torrontegui, en calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, resolvió el archivo del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-006-2020;
- ix. Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico EXPOFLORES de 31 de julio de 2020 en contra de la Resolución de 16 de julio de 2020 de las 16h00.
- x. Providencia de 04 de agosto de 2020, mediante la cual el abogado Pablo Carrasco Torrontegui, en calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, dispone elevar el Recurso de Apelación del operador económico EXPOFLORES al Superintendente de Control del Poder de Mercado.

b) Dentro del expediente administrativo No. SCPM-DS-INJ-RA-006-2020, en el que se sustancia el presente expediente de apelación, consta:

- i. Memorando SCPM-IGT-INICPD-2020-0053 de 04 de agosto de 2020, mediante el cual el abogado Pablo Carrasco Torrontegui, en calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, pone en conocimiento de esta Autoridad la providencia del mismo día, emitida dentro del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-006-2020, en la que se dispone remitir el escrito que contiene el Recurso de Apelación presentado por el operador económico EXPOFLORES;
- ii. Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico EXPOFLORES en contra de la Resolución de 16 de julio de 2020 de las 16h00 ingresado el 31 de julio de 2020 a las 16h36 y signado con el ID 166128;
- iii. Providencia de 12 de agosto de 2020 de las 16h00, suscrita por esta autoridad, mediante la cual se admite a trámite el Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico EXPOFLORES y se dispone correr traslado con el escrito que contiene la impugnación al operador económico Thomas Erich Franke, con nombre



comercial TUTTO FIORI, para que en el término de tres (3) días presente sus respectivas alegaciones;

- iv. Razón de 13 de agosto de 2020 sentada por la Secretaria General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado mediante la cual manifestó que “[...] *la persona que vive en el domicilio indicado, manifestó que no es propiedad del señor Tutto Fiori, por tal no recibe la notificación*”;
- v. Providencia de 04 de septiembre de 2020 de las 17h00, mediante la cual se dispone que se vuelva a notificar la providencia de 12 de agosto de 2020 a las 16h00 al operador económico Thomas Erich Franke, con nombre comercial TUTTO FIORI ;
- vi. Razón de 10 de septiembre de 2020 sentada por la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado mediante la cual manifestó que “[...] *la señora ha comprado la vivienda por lo que es la nueva propietaria, no tiene que [sic] conocimiento de la nueva dirección del operador económico y no puede recibir el documento*”;
- vii. Providencia de 23 de septiembre de 2020 de las 12h00 mediante la cual se designó al economista Carl Pfistermeister Mora, Asesor de Despacho en calidad de especialista técnico dentro del presente expediente de apelación y se señaló fecha para la audiencia solicitada por el operador económico EXPOFLORES;
- viii. Audiencia pública de 05 de octubre de 2020 de las 11h30 llevada a cabo entre los representantes del operador económico EXPOFLORES y los funcionarios de la SCPM;
- ix. Providencia de 16 de octubre de 2020 de las 15h30, mediante la cual se agrega al expediente y se pone en conocimiento del operador económico EXPOFLORES, el Informe No. SCPM-DS-019-2020 de 15 de octubre de 2020, suscrito electrónicamente por el economista Carl Pfistermeister Mora, en calidad de especialista técnico.
- x. Providencia de 21 de octubre de las 09h10, mediante la cual se agrega al expediente el escrito suscrito electrónicamente por el abogado Andrés Larrea Savinovich, en calidad de Apoderado Especial y Procurador Judicial del operador económico EXPOFLORES ingresado mediante ventanilla virtual el 20 de octubre de 2020 a las 15h58 y signado con el número de trámite ID 174036, y se corre traslado al economista Carl Pfistermeister Mora a fin de que en el término de un (1) día se pronuncie respecto de los puntos 5, 6 y 7.
- xi. Informe No. SCPM-DS-023-2020 de 22 de octubre de 2020 suscrito por el economista Carl Pfistermeister Mora.

OCTAVO.- MARCO NORMATIVO APLICABLE.-

Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar:



La **Constitución de la República del Ecuador –CRE-** reconoce los siguientes derechos y garantías: “[...] **Art. 75.-** Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”; “**Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: **1.** Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [...] **3.** [...] Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. [...] **6.** La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. **7.** El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] **l)** Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho [...]” **m)** Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos; “**Art. 82.-** El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”; “**Art. 173.-** Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”; “**Art. 226.-** Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley [...]”; “**Art. 304.-** La política comercial tendrá los siguientes objetivos: [...] **6.** Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados

La **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM-** manda: **Art. 1.- Objeto.-** El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”; “**Art. 5.- Mercado relevante.-** 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 mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución. 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. La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.”; “**Art. 25.- 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 otra [...] 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 [...]”; “**Art. 26.- 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”; “**Art. 27.- Prácticas Desleales.-** Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: [...] 9.- Violación de normas.- Se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o administrativos o del incumplimiento de una norma jurídica, como sería una infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida. La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes configura una práctica desleal cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa. [...]”; “**Art. 44.- Atribuciones del Superintendente.-** Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley [...] 2. Conocer y resolver de forma motivada los recursos que se interpusieren respecto de actos o resoluciones conforme lo previsto por esta Ley y su Reglamento [...]”; “**Art. 57.- Archivo de la denuncia.-** Si el órgano de sustanciación considera satisfactorias las explicaciones del denunciado, o si concluida la investigación no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, mediante resolución motivada ordenará el archivo de la denuncia”; “**Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.-** Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición [...]”;

El Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado dispone; “**Art. 62.- Resolución de inicio de investigación.-** 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 (...)”; “**Art. 63.- Resolución de archivo de la**



denuncia.- Cuando, de los hechos investigados, no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, o las explicaciones presentadas por los denunciados sean satisfactorias, el órgano de investigación, mediante resolución motivada que será notificada al o los denunciantes, ordenará el archivo de la denuncia”; “Art. 66.- Acumulación de expedientes.- 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. El órgano de investigación, de oficio o a solicitud de los interesados, podrá ordenar el desglose de los expedientes cuando la naturaleza de los hechos denunciados haga necesaria la tramitación de procedimientos independientes. Asimismo, podrá ampliar la Resolución de Inicio de Investigación cuando, en el curso de la investigación se aprecie la participación de otros presuntos responsables, la presunta comisión de otras infracciones, o se presenten nuevos interesados no incluidos anteriormente. De ampliarse la Resolución de Inicio de Investigación, dicha ampliación será notificada a los presuntos responsables a fin de que contesten y deduzcan excepciones en el término de quince (15) días. [...]”.-

NOVENO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-

En tutela del numeral 23 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, y las facultades constantes en el numeral 2 del artículo 44 de la LORCPM, corresponde a la máxima autoridad conocer y pronunciarse sobre las argumentaciones en las que el recurrente funda su pretensión impugnatoria, conforme sigue:

1.- Respecto a la existencia y cometimiento de la práctica competitiva desleal por parte del denunciado; y, la errónea determinación del mercado relevante:

El recurrente afirma que la INICPD incurrió en un error de determinación del mercado relevante, punto a partir del cual –para fines de aplicación de la LORCPM- “[...] se podrá identificar si la conducta denunciada efectivamente impide restringe, falsea o distorsiona el régimen de competencia [...]”, con lo cual, el operador económico EXPOFLORES considera que la amplitud con la que se delimitó el mercado del producto, el mercado geográfico y las características relevantes de los partícipes del mercado, el órgano sustanciador -sustentado en falsos supuestos técnicos- minimizó el impacto que tendrían las acciones y omisiones del denunciado en el mercado nacional y el bienestar general, habiendo dejado de investigar (y en consecuencia, de sancionar) una práctica anticompetitiva desleal; enfatizando, que dentro de un mercado relevante más comprimido, el denunciado ingresa a los presupuestos conductuales del artículo 27 numeral 9 de la LORCPM.

Del contenido del Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico EXPOFLORES, se constata, que el tema de análisis se lo desarrolla y fundamenta en el apartado “[...] II.1 Sobre el Mercado Relevante [...]”, que abarca los párrafos del 6 al 35. En lo principal, manifiesta:

“[...] 6. De conformidad con lo ordenado por el artículo 5 de la LORCPM, la SCPM tiene la obligación de determinar el mercado relevante, para lo cual debe tomar en cuenta al menos tres elementos: i) mercado de producto o servicio; ii) mercado geográfico; y, iii) las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.



7. La correcta identificación del mercado relevante es una de las obligaciones de la SCPM pues, a partir de allí, se podrá identificar si la conducta denunciada efectivamente impide restringe, falsea o distorsiona el régimen de competencia.

8. La Guía de Prácticas Desleales expedida por la SCPM (en adelante “la guía”), señala:

“Constituye una obligación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, la determinación del mercado relevante en todos los casos que sean objeto de su conocimiento, incluidos aquellos en los que traten asuntos relativos a conductas de competencia desleal.” [...]”

A efectos de analizar los puntos destacados por el recurrente, esta autoridad considera útil fragmentar el análisis de los argumentos, en dos momentos:

1.1.- De la correcta o incorrecta determinación del mercado relevante:

En el apartado quinto de la Resolución objeto de análisis dentro del recurso de apelación que se sustancia, en su numeral 5.2., establece: “[...] 5.2.- CARACTERÍSTICAS DE LOS BIENES Y SERVICIOS INVESTIGADOS, ANÁLISIS ECONÓMICO DEL PRESENTE CASO [...]”, la INICPD analizó y determinó el mercado relevante del expediente administrativo, como: la “venta al por mayor de flores”.

El denunciante, por su parte, refirió en su acto de proposición como mercado relevante: las “flores cortadas de rosas para exportación”.

En el escrito que contiene el recurso de apelación, el recurrente señala: “[...] 9. Mi mandante identificó como mercado relevante **el mercado de flores cortadas de rosas para la exportación; cuya actividad principal es el cultivo de plantas de rosas en el Ecuador y la producción, comercialización y exportación de flores cortadas de rosas** [...]” (énfasis fuera de texto).

Respecto al presunto yerro en la determinación del mercado relevante, con base a lo normado en el artículo 5 de la LORCPM, el operador económico EXPOFLORES impugna: “[...] 11. [...] el mercado relevante no es el mercado de flor cortada en general como su resolución indica, sino el mercado de flores cortadas de rosas; específicamente aquel mercado de cultivo y exportación de flores cortadas de rosas (mercado de producto), como se ha indicado, perteneciente a la región Sierra (mercado geográfico), en el que participan competidores con idénticas características en cuanto a su superficie de venta, conjunto de bienes ofertados, canales de comercialización y demás elementos que equiparan sus condiciones en el mercado (características particulares) [...]”

La INICPD, sustentó, en macro, la determinación del mercado relevante, señalando: “[...] de la información constante en la actividad económica principal del denunciado, corresponde, a priori, utilizar el CIIU correspondiente a [...] 6.4620.15 [...]”, y concluyendo: “[...] 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 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 [...]”

Toda vez que, hasta el presente punto de análisis, la impugnación gira en torno a la presunta inobservancia a los elementos básicos a considerarse para la determinación del mercado relevante (entre otros: mercado del producto o servicio, mercado geográfico y las características relevantes de los participantes del mercado), conforme manda el artículo 5 de la LORCPM, se precisa viable especificar, que, si bien dentro del apartado quinto de la resolución que se recurre, en el numeral 5.2, esta autoridad encuentra –en un ámbito general- que el órgano sustanciador trata y desarrolla, respectivamente, los elementos que señala la norma antes referida; empero, dado que el apelante considera que el análisis efectuado en el acto administrativo es errado, existiendo contraposición de posturas entre lo resuelto por la autoridad sustanciadora y lo fundamentado por el recurrente, esta autoridad designó al economista Carl Pfistermeister Mora, como especialista técnico dentro del expediente de impugnación, a fin de nutrir el análisis de este particular.

En el Informe No. SCPM-DS-019-2020 de 15 de octubre de 2020, el especialista técnico manifestó:

“[...] El producto analizado según la resolución de la Intendencia son las flores cortadas de rosas para la exportación.

- *Se presenta un análisis del sector de venta al por mayor de flores.*
- *Se exhibe un listado avalado por la autoridad competente del sector, en el que reporta un número de operadores que conforma la cadena de valor. Además se señala el número de operadores que opera en cada eslabón de citada cadena.*
- *Se señala también la distribución de hectáreas dedicadas a cada tipo de producto florícola.*
- *Se presenta un reporte acerca del número de hectáreas cultivadas para propósitos florícolas y las provincias sobre las que aquéllas yacen*
- *Además se reporta acerca del sector exportador de flores. Se muestra el porcentaje de significación de la exportación de productos florícolas en relación con el total de las exportaciones de Ecuador.*
- *Hay un análisis sobre la estacionalidad de la producción de la rosa, se señala que es estable a lo largo del año. Se indica adicional que el canal de la exportación de flores más importante es el aéreo.*



- Hay una presentación de la evolución del precio por kilo de flores, correspondiente a los últimos años.
- Se muestra el desglose de los canales de exportación de la rosa, se ha indicado que prácticamente el 90 % de las rosas se exportan por vía aérea.
- En la Resolución se evidencia, la presentación de un análisis para la determinación del sector y de un mercado preliminar relacionado con los operadores económicos constantes en la denuncia.
- Se muestra también la distribución de la venta al por mayor de flores, por cada operador económico que participaría en el eslabón de la cadena de valor correspondiente al mercado preliminar señalado.

Continuando con el análisis, es preciso contar con un baremo de comparación entre el análisis plasmado por la Intendencia, en su Resolución de archivo, y las exigencias legales relacionadas con la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (en adelante LORCPM).

De acuerdo con el artículo 62 del Reglamento a la LORCPM, y los artículos 3, vigésimo tercer lineamiento, y 9 del Instructivo de Gestión Procesal de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, en sus partes pertinentes, la resolución de inicio de investigación, deberá contener:

“(...) las características de los bienes o servicios que estarían siendo objeto de una conducta, los bienes o servicios similares presuntamente afectados (...)”.

Con esta consideración, corresponde analizar si la motivación exhibida en la Resolución de archivo de la Intendencia, permitiría sopesar el cumplimiento del citado artículo 62.

La Intendencia ha señalado en su Resolución que la actividad principal del operador económico denunciado corresponde a la venta al por mayor de flores. Y decidió encasillar este servicio en la clasificación CIIU, en su sexto nivel, G4620.15, venta al por mayor de flores y plantas.

De acuerdo con esa clasificación, la Intendencia considera un eslabón de la cadena del sector florícola, como mercado preliminar de análisis, venta al por mayor de flores.

Para el segmento analizado por la Intendencia, la Resolución presenta la proporción de participación de los operadores económicos de acuerdo con información obtenida de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. En cuanto a la distribución de esas participaciones, se evidencia que superlativamente las mismas están repartidas entre 3 operadores pequeños, y ordinariamente entre otros operadores muy pequeños. **Acerca de la participación histórica del operador denunciado, la Intendencia muestra una evolución de la misma que ha pasado de insignificante a prácticamente descartable.**

Al respecto de las fuentes información empleadas para apuntar a los resultados resaltados en el párrafo anterior, es adecuado señalar que se tomó en cuenta criterios de conjunción como venta al por mayor de flores, y exportación por toneladas, estos criterios podrían generar dudas acerca de su relación o representación del producto objeto de la denuncia, flores cortadas de rosas, no obstante, al apreciar el gráfico 5 de la Resolución de la Intendencia, **se advierte que para ambos criterios de conjunción, la proporción de las rosas cortadas (previamente plantadas) en el total asciende a aproximadamente 85 %.**

Ese porcentaje alto permite tener una idea acerca del re escalamiento que las proporciones de participación de los operadores económicos pudieran tener, en el eslabón de venta al por mayor de flores, al restringir el análisis únicamente a las rosas cortadas.

Al respecto es relevante referirse al caso del operador económico denunciado, **esa reclasificación haría que su participación tuviera una lejana aproximación a 1 %.** Sin embargo, la exhibición de información agregada en más tipos de flores permite tener una idea de qué pasaría si se incluyera en el análisis, posibles productos sustitutos.

Sobre el componente geográfico, la Intendencia concluyó que el mercado tiene alcance regional. No obstante al admirar el gráfico 16 y la tabla 1, se puede alcanzar el razonamiento que **las conclusiones alcanzadas por la intendencia para un mercado regional, son igualmente válidas para un mercado más acotado, al notar la enorme concentración de hectáreas de rosas sembradas de rosas en Quito y Cotopaxi,** la concentración de ubicación de operadores económicos en esa misma zona y la disponibilidad de aeropuertos en las cercanías, tomando en cuenta que el canal superlativo de exportación de las rosas es la alternativa aérea.

Acerca de la agregación de operadores económicos de tamaño dispar en un mismo mercado de análisis, es trascendental señalar que **el criterio de comparación que se emplea en análisis de derecho de competencia,** en la gran generalidad de los casos, **obedece a la homogeneidad de las bondades de los productos o servicios que éstos ofrecen a sus clientes;** en el caso de rosas en particular, y flores en general, la calidad ofrecida por todos los operadores económicos es prácticamente la misma, esto permite presumir que existen razones suficientes para suponer que en el mercado preliminar señalado por la Intendencia, obra una competencia monopolística, ergo el tamaño de los operadores económicos, resulta irrelevante, y se considera como criterio de comparación y de inclusión dentro de un mismo mercado analizado los productos ofertados por los operadores que concurren al mismo.

III Conclusiones:



El análisis y la motivación consideradas por la Intendencia abarcan criterios como el producto fundamento de la denuncia, posibles sustitutos, las zonas en las que éstos se ofrecen y ciertas particularidades de los operadores económicos.

El cumplimiento del artículo 62, en cuanto a los bienes y servicios que estarían siendo objeto de una conducta, estaría cubierto por el análisis constante en la Resolución [...]” (Énfasis fuera de texto)

Ahora bien, el operador económico EXPOFLORES mediante escrito 20 de octubre de 2020 signado con el ID 174036 realizó observaciones al Informe supra y en consecuencia mediante providencia de 21 de octubre de 2020 de las 09h10 esta Autoridad dispuso al especialista técnico que se pronuncie respecto de los siguientes cuestionamientos:

“[...] 5. ¿Bajo qué criterios técnicos afirma que en los mercados preliminares obra una competencia monopolística?

6. ¿Bajo qué parámetros técnicos equipara en su informe al mercado nacional con el mercado de cultivo y exportación de flores cortadas de rosas perteneciente a la región Sierra?

7. ¿Bajo qué parámetros técnicos equipara a operadores económicos de distinto tamaño dentro del mismo mercado relevante? [...]

En cumplimiento de la orden emitida en la actuación administrativa mencionada, mediante el Informe No. Informe No. SCPMDS-023-2020 de 22 de octubre de 2020 el economista Carl Pfistermeister Mora, se pronunció de la siguiente manera:

“[...] En referencia al punto 5, sobre de los criterios técnicos de la teoría de competencia monopolística, exhibo lo que la ciencia económica señala al respecto:

De acuerdo con (Rothschild, 1987), la teoría de la competencia monopolística abarca dos tipos de mercados. El primero es congruente con uno en el que concurre un número pequeño de firmas, mismas que encaran una elección entre una competencia miope, discutida inicialmente por Cournot (1838), y entre una maximización de beneficios conjunta. El segundo tipo de mercado es aquel que contiene un grupo grande de concurrentes, cuyas industrias están conformadas por grupos de productos, compuestos por sustitutos no perfectos, pero muy cercanos entre sí. Los grupos pueden ser distinguidos entre sí mediante el grado de sustitución de sus respectivos productos. Grados de sustitución que son mayores dentro de los grupos en relación con la misma medición a través de una óptica inter grupos.

En referencia al punto 6, sobre la equiparación de la comparación de una envergadura nacional del mercado preliminar señalado con un mercado perteneciente a la región sierra, indico que ni en el informe SCPM-DS-019-2020, ni en la Resolución de 16 de julio de 2020, de las 16:00, dentro del expediente SCPM-

IGT-INICPD-006-2020, de la Intendencia de Investigación y Control de Prácticas Desleales, se hace referencia a mercados preliminares de ámbito nacional, ergo ninguna aclaración puede ser formulada al respecto.

Finalmente, en referencia al punto 7, sobre los parámetros técnicos de inclusión de operadores económicos de distinto tamaño dentro de un mismo mercado, señalo que pese a que esto está ampliamente explicado en el Informe SCPM-DS-019-2020, puede contrastarse lo señalado en el citado informe al respecto, con la teoría económica, (Rothschild, 1987), como podemos apreciar en la citación apuntada supra, el elemento alrededor del cual gira el análisis son los productos y características de éstos, como su grado de sustitución; no se señala al tamaño de los operadores económicos como un criterio relevante de análisis. [...]

Con base al análisis presentado en ambos Informes, esta Autoridad acoge el criterio del especialista técnico designado, sustentándose en dos puntos:

1.1.a. La etapa procesal en la que se encontraba el expediente administrativo al momento de resolver:

A fin de analizar si la INICPD realizó un correcto análisis de los elementos que forman parte del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-006-2020, esta autoridad parte por señalar, que el expediente inició por la denuncia presentada por el operador económico EXPOFLORES.

Teniendo presente que, los procedimientos de investigación que se sustancian en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado –SCPM–, de conformidad con el artículo 53 de la LORCPM, pueden iniciar: **a)** de oficio; **b)** a solicitud de otro órgano de la Administración Pública; o, **c)** por denuncia formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo; resulta oportuno, para los fines de atender la materia de impugnación, esclarecer, que cuando el expediente administrativo inicia por denuncia, conforme lo mandado en el artículo 55 de la LORCPM:

“[...] Una vez recibida la denuncia, el órgano de sustanciación verificará que la misma reúna los requisitos establecidos en el artículo anterior. Si la denuncia no cumple los requisitos de ley, se otorgará al denunciante el término de tres días para que la aclare o complete. Si no lo hiciere dentro del término señalado, sin más trámite se ordenará su archivo.

Si la denuncia cumple los requisitos establecidos en el artículo anterior, o si es aclarada o completada por el denunciante, en el término de tres días (3 días) el órgano de sustanciación correrá traslado al presunto o presuntos responsables con la denuncia para que presenten explicaciones en el término de quince (15) días.

Presentada la denuncia y con anterioridad a la resolución de inicio del procedimiento, el órgano de sustanciación podrá realizar actuaciones previas con el fin de reunir

información o identificar indicios razonables de la existencia de infracciones a esta Ley [...]"

Empero, el Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante "RLORCPM"), en su artículo 60, establece:

"[...] Art. 60.- Calificación de la denuncia.- Una vez recibida la denuncia, el órgano de investigación, en el término de diez (10) días desde la fecha de su recepción, verificará que la misma cumpla con los requisitos señalados en el presente Reglamento y la Ley. [...]"

Por su parte, para la continuación del procedimiento administrativo, la Ley Orgánica ibídem, manda en el artículo 56, que una vez fenecido el término de 15 días señalado en el artículo 55, el órgano de sustanciación deberá pronunciarse sobre el inicio de la investigación en el término de diez días. Señalando, conforme lo permitido por el artículo 57, que si el órgano de sustanciación considera satisfactorias las explicaciones del denunciado, o si concluida la investigación no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, mediante resolución motivada ordenará el archivo de la denuncia.

En la especie, conforme manda el artículo 56 de la LORCPM en concordancia a lo establecido en el artículo 60 del RLORCPM, la INICPD, estando obligada a pronunciarse sobre el inicio de la investigación en el término de diez días, a fin de no caer en caducidad de la potestad investigativa, emitió el acto administrativo que hoy es objeto de apelación.

Con lo expuesto, la naturaleza del proceso de investigación durante la etapa de denuncia, calificación y explicaciones, gira específicamente en la búsqueda de indicios del cometimiento de las prácticas anticompetitivas denunciadas, que pudieren afectar el normal desenvolvimiento del mercado. Así, la etapa en la que se encontraba el procedimiento de investigación, constituye la recolección de elementos para el análisis de aspectos que considere necesarios para complementar los datos proporcionados en la denuncia.

En ese contexto procedimental, la INICPD analizó la información que obraba dentro del expediente administrativo, en el cual, conforme los artículos 48 y 55 inciso tercero de la LORCPM, requirió información o documentos necesarios a efectos de realizar su investigación y lograr la formación de criterio sobre la existencia de indicios que hagan premunir la existencia de los presupuestos normativos para la concepción de la conducta anticompetitiva denunciada.

Conforme podrá observar el recurrente, las actuaciones y el pronunciamiento de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales responden a la etapa del propio expediente administrativo, respecto de lo cual, ha de puntualizarse que, la administración cuenta con un marco temporal para el ejercicio de sus facultades y atribuciones normativas. Si bien existe el mandato contenido en el artículo 5 de la LORCPM en torno a la determinación del mercado relevante, conforme ha sido analizado en los párrafos anteriores, esa definición ha tenido efectivo lugar con los elementos procesales con los que contaba el órgano sustanciador, haciendo que,

para efectos de la impugnación, esta autoridad considere que sobre este punto no existe una inobservancia a esa obligación. Conclusión no aislada del análisis que se efectúa en el literal que sigue.

1.1.b. La naturaleza de las conductas denunciadas - Ámbito normativo:

En observancia del objeto y ámbito de aplicación de la LORCPM, por los cuales la SCPM debe salvaguardar la efectiva competencia en el mercado, mediante la prevención y prohibición de conductas anticompetitivas, efectuadas por operadores económicos que produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional; en concordancia con el criterio general de evaluación de las conductas contenido en el artículo 4 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, se encuentra que los actos de competencia desleal regulados en los artículos 25, 26, 27 de la LORCPM, más allá de contar con el requisito de calificación de “desleal” (acto contrario a los usos o costumbres honestos), deben encontrarse cualificados para que resulten reprochables por la normativa, es decir, deben tener la aptitud para 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 esa perspectiva de trato del derecho de competencia desleal, sabiéndose que la conducta debe contraer la aptitud de distorsionar el mercado, es decir, que sea determinable a partir de ella si impide, restringe, falsea o distorsiona el orden público en el mercado relevante que para cada caso sea definido, se encontrará que, si la fuerza de presencia dentro del campo de actuación del operador económico que comete la práctica deshonesta no puede afectar el ámbito de aplicación que tiene la LORCPM, esa conducta está por fuera de la tutela.

Sobre este punto, en el acto administrativo impugnado, la INICPD lo desarrolla en dos momentos:

- **Respecto a la naturaleza de la conducta anticompetitiva desleal denunciada:**

“[...] 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° J.3-013416, 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. [...]”

- **Respecto a la presencia del denunciado en el mercado relevante preliminarmente definido:**

“[...] Esta Intendencia evidencia que existen operadores que lideran este mercado definido de manera preliminar, que mantienen unos ingresos sobre USD. 18 millones (en venta al por mayor), y que al compararlos con la venta referida por el denunciante de USO. 77.643 (al mes) o su vez de la información del SRI [...] la incidencia del operador Thomas Franke - TUTIO 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 USD. 55.551,75 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 80 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, al evidenciar que existen alrededor de 7.458 operadores (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); 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.

[...]

[D]el análisis económico esta Autoridad identificó que no cumplirla con los parámetros del artículo 26 de la LORCPM, en tanto el denunciado no tendría la capacidad de falsear el régimen de competencia.

[...]

[E]s 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.

[...]

Dentro del mercado relevante definido preliminarmente, se observó que existen operadores económicos que predominan estos mercados, con ingresos que superan los USD. 18 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 alcanzarla el valor de USD. 55.551,75, el mismo que representarla 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 [...]"

Así, a fin de soportar el análisis efectuado por el órgano sustanciador, para efectos de que se comprenda –en el fondo- que para el caso analizado, no se requería una determinación de mercado relevante diferente a la efectuada, teniéndose la relevancia acorde la interpretación sistemática que debe efectuarse de la normativa que regula la materia. Así, atendiendo al inciso tercero del artículo 31 del RLORCPM, encontramos que, no basta el hallazgo de indicios del cometimiento de las prácticas denunciadas por parte de la administración (análisis ampliamente desarrollado en el acto administrativo que se recurre), sino que, a fin de que el órgano sustanciador inicie un procedimiento de investigación, requiere, de manera mandatoria, que tales prácticas puedan producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores usuarios; y para ello, en el género, las prácticas desleales analizadas responden a la participación de mercado que posea el operador investigado para ser calificadas como nocivas. Esto último, conforme ha sido expuesto, no se cumple respecto a las conductas denunciadas por las características que el denunciado tiene dentro del mercado.

En suma, conforme lo normado en la LORCPM y su Reglamento para la aplicación, así como el análisis presentado por el especialista técnico designado, en contraste a lo resuelto motivadamente por la INICPD, dentro de la etapa procedimental en la que se encontraba el expediente administrativo, existió observancia y cumplimiento a la obligación de determinar el mercado

relevante, mismo que, a criterio de esta autoridad, se encuentra correctamente definido por las características señaladas y desarrolladas en los apartados que anteceden.

1.2.- De las prácticas anticompetitivas desleales denunciadas:

En el apartado quinto de la Resolución objeto de análisis dentro del Recurso de Apelación que se sustancia, numeral “[...] 5.1.- *La conducta objeto de la investigación [...]*”, la INICPD, delimitó –de acuerdo con la denuncia del operador económico EXPOFLORES- como conducta cometida por el denunciado: “[...] *las presuntas prácticas desleales de violación de norma, tipificada en el artículo 27, numeral 9 de la LORCPM [...]*”

Si bien en el punto 1.1.b. del numeral que antecede se hizo un análisis del ámbito normativo de las prácticas desleales en general, a fin de dotar de mayores elementos para el estudio del recurso de apelación interpuesto, resulta oportuno, tratar la conducta de “violación de normas”.

La conducta tipificada en el numeral 9 del artículo 27 de la LORCPM, especifica: “[...] 9.- *Violación de normas.- Se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del [...]*”, identificando dos supuestos de hecho genéricos, que son: **i)** abuso de procesos judiciales o administrativos; y, **ii)** del incumplimiento de una norma jurídica.

Para ahondar en la naturaleza de la conducta, nos referiremos a lo considerado por la Sala de Defensa de Competencia del Tribunal del INDECOPI (entidad par de esta Superintendencia) que manifiesta:

“[...] para determinar si en un caso concreto se ha configurado un supuesto de competencia desleal en la modalidad tipificada por la norma señalada en el párrafo precedente, debe cumplirse con los siguientes requisitos: i) los actos denunciados no deben constituir supuestos de competencia prohibida; ii) la norma infringida debe ser de carácter público e imperativo; iii) el infractor debe de haber obtenido una ventaja competitiva significativa e ilícita [...] La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes no constituye competencia prohibida, sino que configura competencia desleal en la modalidad de violación de normas, cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa [...]”¹

De lo transcrito, claramente queda evidenciado que la conducta de la violación de norma en materia de competencia, se configura cuando concurren los siguientes presupuestos: quien la comete prevalece en el mercado, a causa de una ventaja significativa adquirida, como resultado del incumplimiento de una norma jurídica.

La INICPD, en lo pertinente, en el numeral 6.4 del acto administrativo recurrido, desarrolla la naturaleza de la conducta objeto de denuncia, esclareciendo que, existen tres modalidades previstas para la práctica desleal por violación de normas: “[...] 1) *el abuso de procesos judiciales o administrativos; 2) el incumplimiento de una norma jurídica general o específica; y, 3) el*

¹ INDECOPI.- Sala de Defensa de Competencia, Resolución N° 117-2005/CCD-INDECOPI de 26 de octubre de 2005; Expediente N° 024-2004/CCD y Expediente N° 085-2005/CCD- acumulados.

incumplimiento de una norma de acceso concurrencial [...]”; concluyendo, tras un análisis pormenorizado de las presuntas normas incumplidas, 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 tanto, en resguardo del principio de juridicidad, sabiéndose que la SCPM solo podrá investigar si los parámetros normativos detallados se encuentran cumplidos, dado que en el presente caso no se configuran los elementos, es oportuno resaltar que, para los efectos de subsunción a la conducta normada, no existe nexo causal o elemento estructural del tipo de la infracción alegada, en los presupuestos fácticos objeto de la denuncia presentada.

1.2.1.- De la existencia de indicios de violación de norma:

Conforme ha sido tratado en el apartado que antecede, para la determinación del cometimiento de la conducta objeto de análisis, se requiere cubrir con los elementos de la norma. Ahora, si bien el órgano sustanciador señala la existencia de indicios de violación de norma, aquello solo conforma uno de los dos requisitos para la subsunción de la conducta del operador económico denunciado, pues la INICPD ha sido clara en no calificarlo como un sujeto apto para producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores usuarios.

De lo anterior, esta autoridad se apeg a al criterio emitido por el órgano sustanciador, y considera que el pronunciamiento en cuanto al problema jurídico objeto de análisis por la conducta denunciada, se encuentra plenamente fundamentado; haciendo énfasis en que, para los fines de derecho de competencia desleal, el operador económico investigado debe tener la capacidad suficiente de falsear el régimen de competencia, situación frente a la que, conforme ya ha sido tratado en apartados anteriores, en la especie, el denunciado no teniendo una participación de prevalencia, ni menos una ventaja significativa en el mercado, los presupuestos normativos del tipo denunciado no se cumplen, apartándose del objeto y ámbito de aplicación de la LORCPM.

2.- Respecto a la negativa de la acumulación de expedientes administrativos:

El recurrente afirma que, la acumulación de expedientes administrativos solicitada dentro del procedimiento: *“[...] 32 [...] era procedente porque: i) todas las denuncias se encontraban en el mismo estado (proceso previo a la apertura de la investigación), ii) estaban siendo tramitadas ante la misma intendencia (Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales; iii) habían sido presentados por el mismo accionante (EXPOFLORES); y, iv) se trataba del mismo acto de competencia desleal ejercido por varios operadores económicos dentro del mismo mercado relevante. [...]”*; por lo que, con la negativa de acumulación, se viola lo ordenado en el artículo 37 de la LORCPM, manifestando:

“[...] 40. Si se presentan varias denuncias que afectan al mismo mercado relevante, que trata de las mismas prácticas desleales, es claro concluir que la afectación al mercado relevante es mucho mayor que la que corresponde a una sola denuncia [...]”

Al respecto, la acumulación de expedientes administrativos se encuentra permitida en el primer inciso del artículo 66 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, que permite al órgano de investigación “[...] ordenar la acumulación de expedientes cuando entre ellos exista una conexión directa [...]”; encontrando dentro del artículo 7 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, que para esos fines, el órgano sustanciador debe considerar: “[...] 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 [...]”.

Si bien no se encuentra en tela de duda la facultad que resguardan los órganos sustanciadores de acumular los expedientes administrativos que guarden conexión, se hace notorio que, existe un problema respecto a su viabilidad. Por un lado, en el acto administrativo objeto de análisis, la INICPD consideró improcedente la petición de acumulación, toda vez que –al momento de resolver- no existía un proceso investigativo; y por otro lado, el recurrente considera que si la administración hubiera dispuesto la acumulación de expedientes, hubiera podido verificar que la conducta por parte del operador económico denunciado, así como del resto de operadores económicos sujetos de las denuncias presentadas, tienen un impacto muy grave al mercado de venta de flor cortada de rosas.

Para dilucidar lo anterior, si bien existe identidad genérica dentro de los expedientes administrativos (SCPM-IGT-INICPD-004-2020; SCPM-IGT-INICPD-005-2020; SCPM-IGT-INICPD-007-2020; y, SCPM-IGT-INICPD-008-2020) respecto de la conducta denunciada (artículo 27, numeral 9 LORCPM), el denunciante y el mercado de producto macro; ha de tenerse en cuenta que:

1.- Conforme lo ordenado y permitido en el artículo 62 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM², en concordancia con el artículo 3 numeral 23 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM³, no existiendo expediente administrativo dentro de la fase de investigación, es correcto poner en conocimiento del apelante que la acumulación procede una vez que el procedimiento administrativo ha iniciado, esto es, cuando se procede con la apertura de la fase de investigación descrita.

2.- La pretensión de acumulación presentada por el recurrente, dentro del expediente administrativo sustanciado por la INICPD, tiene como fundamento incrementar la participación global de los operadores económicos denunciados. Empero, para esos fines, acumular

² “Art. 62.- Resolución de inicio de investigación.- 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”.

³ “Art. 3 [...] 23. El procedimiento de investigación inicia con la resolución referida en el artículo 63 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [...]”.

expedientes administrativos con sustento en una conducta colectiva devendría en una interpretación extensiva de la norma, lo cual contraviene el principio general que en el campo del derecho público no se puede hacer sino aquello que está expresamente permitido por la Ley. El inciso segundo del artículo 2 de la LORCPM, es claro en señalar que, el cometimiento de la conducta solo puede ser imputable a quien incurre en ella, o al operador económico que lo controla.

Es decir, la LORCPM contiene como “teoría de la participación en las infracciones”, únicamente al grado de “autoría”, no existiendo posibilidad de atribuir a grado de complicidad el cometimiento de las conductas anticompetitivas. Menos aún pues de los recaudos procesales y las afirmaciones del denunciante/apelante, no se observa que exista la presunción de que los denunciados en los diferentes expedientes, tengan una relación entre ellos, sino por el contrario de los propios elementos y afirmaciones del denunciante/apelante se entiende que las actividades de cada uno de los denunciados en los diferentes expedientes se desarrollan por designio de voluntades independientes y no asociadas.

Por cuanto dentro de la presente resolución se han tratado los elementos respecto de los cuales se ha analizado la aplicación del marco normativo de la materia, y toda vez que estos constituyen la materia principal de procedencia respecto del fondo del asunto.

DÉCIMO.- CONSIDERACIONES ADICIONALES.-

Adicionalmente del análisis realizado es preciso referirse respecto de la afirmación que realiza el operador económico apelante, sobre:

“[...] 48. Lo grave, es que gracias a esta resolución los floricultores que incumplen la ley se sentirán confiados y respaldados por la propia autoridad para seguir con las prácticas desleales y obtener las ventajas competitivas ilícitas que esas conductas les proporcionan, porque para la Intendencia, este tipo de operadores económicos “no tienen la capacidad para restringir, falsear o distorsionar la competencia” o son “ínfimos”, conclusión ilegal y apresurada que afecta gravemente al sector de productores de rosas del Ecuador.

49. La SCPM deberá tener en cuenta que la Resolución está enviando un mensaje equivocado a TODO EL MERCADO RELEVANTE: incumplan las normas que eso no tiene sanción por la autoridad de competencia, cometan todas las prácticas comerciales desleales que deseen, la autoridad considera que esas prácticas “no tienen la capacidad para restringir, falsear o distorsionar la competencia””.

Ahora bien, el artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, determina como su objeto, *“[...]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.”; entre las prácticas o conductas anticompetitivas tipificadas en la LORCPM constan las “prácticas desleales”, que se encuentran descritas en el artículo 25 que dice:

“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.”

Como claramente se puede apreciar el artículo citado describe los “actos” en los cuales se enmarca la tipología de la conducta prohibida y legalmente reprochable; sin embargo, es menester referir que para la determinación este tipo de conductas anticompetitivas se debe concebir, no sólo, la definición de la conducta sino los elementos establecidos en el artículo 26 ibídem, que indica:

“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. [...]” (Énfasis fuera de texto)

Es decir que, para la concepción de la existencia de conductas anticompetitivas de prácticas desleales, se requiere que los hechos y actos ejecutados por los operadores económicos se encasillen tanto en la descripción prevista en el artículo 25 como en los presupuestos del artículo 26; mismos que se encuentran estrechamente vinculados con los objetivos de la LORCPM respecto de la búsqueda de 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.*”; es en este sentido que si bien, se podría considerar que determinados actos pueden, por la definición, encasillarse dentro de una conducta anticompetitiva, la SCPM tiene la obligación de analizar y establecer, de ser el caso, el impacto real o potencial, que esos actos puedan causar en el equilibrio del mercado en general, esto conforme el mandato constitucional previsto en el artículo 226 de la Norma Constitucional que determina el límite de las potestades y competencias estatales conferidas a las autoridades administrativas.

En este contexto, resulta por demás errada la concepción del operador económico de que la autoridad estaría “*respaldando*” conductas contrarias al ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya que si bien, sea por la naturaleza o los efectos, si el acto no se constituye en una conducta anticompetitiva, si podría constituirse en una infracción administrativa susceptible de una sanción por otras entidades en función de sus competencias constitucionales y legales, frente a lo cual, el derecho del operador económico EXPOFLORES se encuentra a salvo para que lo haga valer ante la autoridad competente que estime pertinente, sin embargo de lo cual, no se puede dejar de observar lo manifestado por el apelante sobre la existencia de elementos que permitirían presumir la existencia de violación de normas jurídicas por parte del operador económico denunciado en las áreas de: a) Propiedad Intelectual, 2) Laboral, 3) Tributaria, 4) Seguridad Social.

DÉCIMO PRIMERO.- RESOLUCIÓN.-

Por las consideraciones expuestas, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2, y el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE:**

- a) **NEGAR** el Recurso de Apelación presentado por el operador económico la Asociación de Productores y Exportadores de Flores del Ecuador EXPOFLORES mediante escrito de 31 de julio de 2020 ingresado a la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado con número de trámite ID 166128; en consecuencia se ratifica la Resolución de 16 de julio de 2020, de las 16h00, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, dentro del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-006-2020.-



1. En tutela de las garantías constantes en los numerales 1 y 3 parte final, del artículo 76 de la Constitución de la República, remítase copia del presente acto administrativo así como de la Resolución de 16 de julio de 2020 de las 16h00, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, dentro del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-006-2020, al Ministerio de Relaciones Laborales; al Servicio de Rentas Internas –SRI-; al Instituto de Seguridad Social -IESS-; y a la Agencia de Regulación y Control Fito y Zoonosanitaria, a fin de que dentro del ámbito de sus competencias, de encontrarlo oportuno, realicen las actividades a las que hubiere lugar.

DÉCIMO SEGUNDO.- NOTIFICACIONES.-

De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la Disposición General Segunda de la Resolución SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020, que determina: *“Para notificaciones se priorizará el uso de los correos electrónicos señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones”*, puesto que esta autoridad mediante Resolución No. SCPM-DS-2020-13 de 13 de marzo de 2020 ha resuelto: *“(...) Adoptar y autorizar la implementación del teletrabajo emergente en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (...)”*; y, en virtud que el riesgo de contagio de COVID 19 es latente, con el objeto de evitar riesgos en la salud de las personas que intervienen en la tramitación de este expediente administrativo, notifíquese con la presente resolución: **a)** Al operador económico Asociación de Productores y Exportadores de Flores del Ecuador EXPOFLORES en los correos electrónicos conflictos@tzvs.ec y alarrea@tzvs.ec; **b)** A la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales; **c)** No se notifica al operador económico Thomas Erich Franke en virtud de que a pesar de los esfuerzos por realizar dicha diligencia, la misma fue imposible en esta instancia conforme lo certificado por la Secretaría General de la SCPM.

DÉCIMO TERCERO.- Continúe actuando la abogada María Belén Arévalo en calidad de Secretaria de Sustanciación dentro del presente expediente administrativo.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

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

Abg. Belén Arévalo Alvear
SECRETARIA AD-HOC