

**INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DEL PODER
DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS**

Expediente No. SCE-IGT-INICAPMAPR-12-2024

RESOLUCIÓN

SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA. INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DEL PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS.- Quito D.M., 08 de julio de 2024, a las 12h14. **VISTOS.-** En mi calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de conformidad con la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-0170-2019-A, que rige desde el 20 de mayo de 2019, en conocimiento del expediente de investigación SCE-IGT-INICAPMAPR-12-2024, y en uso de mis facultades legales y administrativas, emito las siguientes **ÓRDENES PROCESALES.-**

PRIMERA.- ESCRITOS QUE SE AGREGAN AL EXPEDIENTE: Agréguese al expediente y téngase en cuenta:

- 1.1.** El escrito ingresado por EMPAQUES PLASTIMUNDO CÍA. LTDA. (PLASTIMUNDO) en la Ventanilla Virtual de la Superintendencia de Competencia Económica, el 03 de julio de 2024 a las 12h33, signado con el número de trámite ID 202412702, suscrito por Daniel López Suarez, procurador judicial del operador económico EMPAQUES PLASTIMUNDO CIA. LTDA.
- 1.2.** El CD, signado con número de trámite ID 202412925, en el cual consta los documentos firmados electrónicamente, y que en el momento procesal oportuno fueron agregados al expediente administrativo, dando cumplimiento a lo dispuesto en la disposición SEGUNDA de la Resolución No. SCPM-DS-2020-27 de 13 de julio de 2020.

SEGUNDA.- COMPETENCIA: De conformidad con lo establecido en el artículo 213 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con lo ordenado en los artículos: 53; 55 primer inciso de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (**LORCPM**), y lo dispuesto en los artículos: 54 y 60 inciso segundo del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (**RLORCPM**); y, artículo 8 literal b) del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Competencia Económica, así como el artículo 10 numeral 1.2.2.3 del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Competencia Económica -Resolución No. SCPM-DS-2022-020-, se declara la competencia de esta Autoridad para dictar la presente Resolución.

TERCERA.- VALIDEZ PROCESAL: Revisado que ha sido el Expediente Administrativo, no se encontraron vicios de procedimiento que puedan generar nulidad procesal en esta fase administrativa, por lo que esta autoridad declara su validez procesal.

CUARTA.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y ACTUACIONES PROCESALES: Dentro del presente expediente, constan las siguientes piezas procesales:



- 4.1. Mediante la certificación de copias de 19 de junio de 2024 a las 16h42, signado con número de trámite ID 202411940, correspondiente al escrito y anexos ingresados en la Secretaría General de la Superintendencia de Competencia Económica, el 17 de junio de 2024, a las 14h29, signado con número de trámite ID 202411660, EMPAQUES PLASTIMUNDO CIA. LTDA., presentó una denuncia en contra de BUSINESSMEAL S.A., TERMOEK TERMOENCOGIBLES Y EMPAQUES S.A., FAMUPA S.A., LUIS XAVIER ALVARADO CORNEJO, CARLOS EDUARDO PIOVESAN DESCALZI, LEONARDO PIOVESAN VILLASECA y MEIBOL GRICELDA PINCAY ROMERO, por presuntas conductas de abuso del poder de mercado.
- 4.2. Mediante providencia de 28 de junio de 2024 a las 09h40, signada con el número de trámite ID 202412453, en lo principal, esta Autoridad dispuso al denunciante que complete y aclare la denuncia.
- 4.3. Mediante escrito de 03 de julio de 2024 a las 12h33, signado con el número de trámite ID 202412702, el operador económico PLASTIMUNDO, presenta el escrito de compleción dispuesto en providencia de 28 de julio de 2024 a las 09h40

QUINTA.- BASE NORMATIVA QUE AMPARA LA RESOLUCIÓN: Esta Intendencia realiza sus actuaciones en el marco de sus atribuciones y conforme el ordenamiento jurídico vigente, en este punto, es pertinente enunciar las normas constitucionales y legales que guardan relación y fundamentan la resolución.

- 5.1. **Constitución de la República del Ecuador**, artículos: 76 numerales 1 y 7 literal 1); 82; 213; y, 226. Publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, última reforma 25 de enero de 2021.
- 5.2. **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado**, artículos 53, 54 y 55. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 555, de 13 de octubre de 2011, última reforma 16 de mayo de 2023.
- 5.3. **Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado**, artículos 54 y 60. Decreto Ejecutivo 1152, publicado en el Registro Oficial 697, de 07 de mayo de 2012, última reforma 18 de octubre de 2022.
- 5.4. **Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCE**, artículo 8 literal b). Resolución No. SCE-DS-2023-15, publicada en el Registro Oficial Suplemento 439 de 17 de noviembre de 2023.

SEXTA.- VERIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 54 DE LA LORCPM: En relación al escrito que se agrega en el ordinal PRIMERO de la presente Resolución, por cuanto, en providencia de 28 de junio de 2024 a las 09h40, se dispuso:

“Del análisis realizado, esta Autoridad considera que la denuncia suscrita por Fabián Andrés Salazar Ruiz, Representante Legal de EMPAQUES PLASTIMUNDO CÍA. LTDA., y los abogados Daniel López Suárez y Esteban Salazar Almeida, NO CUMPLE con los requisitos establecidos en el artículo 54 de la LORCPM. Por tanto, conforme lo dispuesto en el artículo 55 de la LORCPM, se otorga al

denunciante el término de tres (03) días, contados a partir de la notificación con la presente providencia, para que aclare y complete la denuncia según lo indicado en el ordinal SEGUNDO literales c), y d)”.

Esta Autoridad, al ser competente para conocer acuerdos y prácticas restrictivas, ha solicitado a la denunciante que, previo a calificar y correr traslado, se complete y aclare su denuncia de conformidad con lo establecido en el artículo 54 de la LORCPM. Por tanto, a continuación se analiza si la denunciante cumplió con lo requerido.

6.1. En lo referente al literal c) del artículo 54 de la LORCPM

Respecto de este punto de análisis la INICAPMAPR, mediante la providencia de 28 de junio de 2024 a las 09h40, se solicitó al denunciante lo siguiente:

“Por tanto, se deberá aclarar la denuncia al siguiente tenor:

- i) **ACLARE** si la conducta se encuentra relacionada con la cláusula general o con alguno de los literales del artículo 11 de la LORCPM.*
- ii) **ACLARE** cómo se desarrolla la conducta infractora del artículo 11 de la LORCPM, indicando cuales serían los operadores económicos autores del presunto acuerdo colusorio.*
- iii) **ACLARE** si la presunta conducta infractora al artículo 11 *ibídem*, fue realizada a partir del 2020, hasta la presente fecha, al igual que se estarían desarrollando las infracciones al artículo 9 y 27; o, si la misma tiene otra temporalidad”.*

Ante lo cual el operador económico mediante el escrito de compleción, con respecto al punto i), manifestó lo siguiente: *“De conformidad al tenor literal de la denuncia presentada, la misma se base en la cláusula general del artículo 11 de la LORCPM¹”*

Por otro lado, respecto del punto ii), el denunciante supo manifestar:

“Debe investigarse a las compañías denunciadas por el cometimiento de posibles Acuerdos y prácticas restrictivas por objeto, ya que se han coordinado para falsear y distorsionar la competencia, independientemente de los efectos reales o potenciales que pueda tener su conducta y acuerdos en el mercado.

Conforme lo descrito en nuestra denuncia, el evidente acuerdo que existe entre las compañías denunciadas siendo de propiedad mayoritaria de los mismos accionistas y teniendo ambas el mismo representante legal, realizan prácticas concertadas conscientemente que están directamente relacionados con la importación y venta del producto objeto de la denuncia. Su conducta impide y restringe la libre competencia y afecta negativamente a la eficiencia económica y al bienestar del consumidor general.

[...] Al ser dos empresas de los mismos propietarios, se facilita que entre ellas exista, evidentemente, un acuerdo para que la una importe sin pagar aranceles y la otra venda sin haber importado, lo cual les faculta a la fijación de precios predatorios.

¹ Escrito de aclaración y compleción de la denuncia, ID 202412702, párrafo 1.2

Esta práctica les permite a las empresas de los mismos propietarios y mismos representante legal BUSINESSMEAL S.A. y TERMOEK TERMOENCOGIBLES Y EMPAQUES S.A., importar sus productos sin pagar arancel correcto y venderlos a precios mucho menores a los que la competencia, causando distorsión de los precios en el mercado y falseando la competencia, en perjuicio de sus competidores y del consumidor general²”.

Asimismo, respecto del punto iii) PLASTIMUNDO indicó lo siguiente:

“El periodo de duración de las conductas denunciadas empieza en el año 2020 y se mantiene hasta la presente fecha. [...]

Desde el año 2020 esta empresa denunciada importa el producto declarándolo en partidas arancelarias equivocadas, pagando 0% de arancel y, obviamente, beneficiándose de esta defraudación fiscal para comercializar los productos a precios muy inferiores que la competencia.

Lo que ocurre desde el año 2022 es que la denunciada TERMOEK dejó de importar el producto, año en el que la otra empresa de los mismos propietarios BUSINESSMEAL S.A., empezó a importarlo bajo partida de arancel 0%. Con esto se podría concluir que desde el año 2022 los socios de mayoría de las empresas denunciadas y su representante legal, decidieron importar el producto solo mediante la compañía BUSINESSMEAL S.A., declarándolo bajo la partida arancelaria incorrecta para no pagar arancel alguno [...].”³

En tal sentido, y en vista que la respuesta del operador económico se adecúa a lo solicitado por la INICAPMAPR, esta Autoridad determina que el denunciante **HA ACLARADO**, el requisito del literal c) del artículo 54 de la LORCPM.

6.2. En lo referente al literal d) del artículo 54 de la LORCPM

Del mismo modo, en este punto de análisis la INICAPMAPR, mediante providencia de 28 de junio de 2024 a las 09h40, solicitó al denunciante lo siguiente:

*“**ACLARE** cuál es la relación de los denunciados, con la configuración de un acuerdo colusorio prohibido en el artículo 11 de la LORCPM o uno o varios de sus literales”.*

De la revisión del escrito de compleción se desprende que el denunciante no se ha pronunciado al respecto. Es decir, pese a que existió una disposición clara por parte de esta Autoridad, no se ha aclarado lo solicitado.

Por lo expuesto, al no haber aclarado la denuncia conforme lo dispuesto en el literal d.) de providencia de 28 de junio de 2024 a las 09h40, con respecto a la relación de los involucrados con la conducta denunciada, esta Autoridad considera que el denunciante **NO CUMPLE** con el requisito establecido en el literal d) del artículo 54.

SÉPTIMA.- OTRAS CONSIDERACIONES, DE LA CONFIGURACIÓN DE UN ACUERDO COLUSORIO: En el presente ordinal pese a que el operador económico no dio cumplimiento a lo dispuesto por esta Autoridad en providencia de 28 de junio de 2024 a las 09h40, en aras de un mejor entendimiento de los elementos constitutivos de cualquier práctica a ser

² Ibid, párrafos 1.3 - 1.6

³ Ídem párrafos 1.14 y 1.15

analizada con base en lo prescrito en el artículo 11 de la LORCPM, esta Autoridad realiza el análisis que se expone a continuación.

En el escrito de denuncia presentado por PLASTIMUNDO, fueron identificados como denunciados:

- i) BUSINESSMEAL S.A.,
- ii) TERMOEK TERMOENCOGIBLES Y EMPAQUES S.A.,
- iii) FAMUPA S.A.,
- iv) LUIS XAVIER ALVARADO CORNEJO,
- v) LEONARDO PIOVESAN VILASECA
- vi) CARLOS EDUARDO PIOVESAN DESCALZI, y,
- vii) MEIBOL GRICELDA PINCAY ROMERO

Sin embargo, en el escrito de aclaración y compleción a la denuncia expuso lo siguiente:

“Sobre los tres requisitos mencionados por la autoridad en su providencia, nos referimos a cada uno de ellos para sustentar nuestra denuncia: i) Existencia de dos o más operadores económicos conforme los parámetros señalados en el artículo 2 de la LORCPM. Los dos operadores económicos son las compañías BUSINESSMEAL S.A. y TERMOEK TERMOENCOGIBLES Y EMPAQUES S.A.

ii) El acuerdo tenga por objeto o por efecto, actual o potencial, que la competencia se vea impedida, restringida o falseada, o afecte a otros bienes jurídicos protegidos por la LORCPM. El acuerdo entre estas dos compañías, de mismo origen de propietarios y del mismo representante legal, tiene evidentemente por objeto actual que la competencia en el mercado sobre el producto que importan y comercializan se vea restringida y falseada, ya que con sus actos fraudulentos tributarios y la baja ilegal en sus precios, provocan afectar directamente a la competencia y al consumidor general, y en corto tiempo seguramente eliminarla. Con esos precios, artificialmente bajos producto de actos ilegales, consiguen que los productos de la competencia cada vez se vendan menos y finalmente que no se vendan, terminando en un monopolio.

iii) Que la eventual restricción a la competencia haya o pueda producir efectos en el mercado nacional: La actual restricción a la competencia, producto de sus actos ilegales y conductas denunciadas, ya produce efectos en el mercado nacional. Hemos presentado un cuadro con cifras exactas de precios de ellos versus los de la competencia, así como pruebas que lo sustentan⁴”.

Conforme lo indicado por el operador económico en su escrito, al parecer, los operadores económicos supuestamente autores del presunto acuerdo colusorio serían BUSINESSMEAL y TERMOEK. Sin embargo, se deja constancia que los demás denunciados indicados en líneas anteriores son accionistas de los dos operadores económicos indicados, por tanto, para determinar la existencia de al menos dos voluntades que puedan ser autoras del acuerdo colusorio, es necesario la realización del análisis de la configuración de un acuerdo colusorio.

Para lo cual corresponde realizar un análisis de los requisitos para la configuración de un acuerdo colusorio, a la luz del artículo 11, de la LORCPM, a fin de determinar si existen presunciones de la configuración de una conducta colusoria que motiven la apertura de un expediente de investigación.

⁴ Ídem, párrafos 1.10 – 1.12

La doctrina, define a los acuerdos colusorios de la siguiente manera:

“Las actuaciones más perjudiciales para la libre competencia son aquellas conductas o prácticas mediante las cuales varias empresas se ponen de acuerdo o actúan coordinadamente para no competir o para restringir en algún modo la competencia entre ellas. A este conjunto de conductas se las conoce como <colusorias>”⁵.

En lo que concierne al alcance del término ‘acuerdo’, la doctrina es coincidente en que este término debe entenderse de la manera más amplia posible. En ese sentido, la prohibición de las conductas colusorias en la legislación ecuatoriana se encuentra tipificada en el artículo 11 de la LORCPM:

“Art 11.- Acuerdos y prácticas restrictivas.- Están prohibidos todos los acuerdos, decisiones de asociaciones, o prácticas concertadas entre dos o más operadores económicos, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia, en todo o parte del mercado nacional [...]” (énfasis añadido).

De la redacción del artículo que precede, se desprende que existen tres requisitos *sine qua non*, para la configuración de un acuerdo colusorio, estos son:

- i) Existencia de dos o más operadores económicos conforme los parámetros señalados en el artículo 2 de la LORCPM.
- ii) El acuerdo tenga por objeto o por efecto, actual o potencial, que la competencia se vea impedida, restringida o falseada, o afecte a otros bienes jurídicos protegidos por la LORCPM.
- iii) Que la eventual restricción a la competencia haya o pueda producir efectos en el mercado nacional.^{6,7}

Es necesario tomar en cuenta que los tres elementos constitutivos, son de carácter *sine qua non*, por lo que la inexistencia de uno de los elementos, deviene en que no se configure una conducta anticompetitiva a la luz del artículo 11 de la LORCPM.

Con base en lo expuesto, a continuación se analiza la configuración de estos requisitos de conformidad con la información constante en el Expediente.

7.1. Concurso de voluntades entre dos o más operadores económicos.-

En cuanto al primer requisito para la configuración de una conducta colusoria, es necesario la identificación de al menos dos o más voluntades (independientes), y que sean considerados como operadores económicos, conforme lo prescrito en el artículo 2 de la LORCPM, que se transcribe a continuación:

“Art.2.- Ámbito.- Está sometido a las disposiciones de la presente Ley todo ente que lleve a cabo, actual o potencialmente, actividades económicas, independientemente de su forma jurídica o modo de

⁵ Cfr. Juan Signes, Isabel Fernández y Mónica Fuentes. *Derecho de la Competencia*. Madrid: Arazandi S.A., 2013, pp. 105, 106.

⁶ Jones Alison y Sufrin Brenda. *EU Competition Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 124 - 126.

⁷ SCE. *Guía para la investigación de acuerdos y prácticas restrictivas*. 2021, p. 20.

financiación; es decir, están sometidos a la presente Ley todos los operadores económicos, sean estas personas naturales o jurídicas, públicas o privadas con o sin fines de lucro, nacionales o extranjeras, que realicen actividades económicas, actual o potencialmente, en todo o en parte del territorio nacional, así como aquellos que las realicen fue del país en la medida en que éstas produzcan o puedan producir efectos en el territorio ecuatoriano. [...].”

Por consiguiente, los sujetos de control por parte de la SCE, son aquellas personas naturales, jurídicas, públicas o privadas, entre otros supuestos que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional.

Conforme el artículo 2 la LORCPM, estaremos frente a una actividad económica cuando una entidad ofrezca bienes o servicios en el mercado para satisfacer la demanda de un cliente o consumidor. Esta actividad implica la interacción de la oferta y la demanda de bienes o servicios de una manera que permite al productor o consumidor el beneficiarse de la interacción⁸.

En el marco del Derecho comparado, la sentencia “*Sumal vs Mercedes Benz*” pronunciada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aborda el análisis de concepto de ‘empresa’ en el ámbito del Derecho de Competencia, como sigue:

“Pues bien, de la redacción del artículo 101 TFUE, apartado 1, resulta que los autores de los Tratados optaron por utilizar este concepto de «empresa» para designar al autor de una infracción del Derecho de la competencia, sancionable con arreglo a dicha disposición, y no otros conceptos como los de «sociedad» o de «persona jurídica»

*[...] el concepto de «empresa» comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de esa entidad y de su modo de financiación, y designa, así, una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas”.*⁹

Por otro lado, respecto de las actividades económicas, se han establecido las siguientes características:

- i)** la oferta de bienes y servicios en el mercado;
- ii)** que dicha actividad puede ser llevada a cabo en principio, por una empresa que puede establecer su organización interna.^{10,11}

Ahora bien en lo referente al análisis de este requisito, corresponde señalar que BUSINESSMEAL, cuenta con RUC: 09930896130001, y de acuerdo con el portal Web del SRI, su actividad económica principal es:

⁸ Odudu, 2006a: 211-241

⁹ STJUE. *Sumal vs Mercedes Benz Trucks España Case-882/19*. (ECLI:EU:C:2021:293).

¹⁰ Cfr. Alison JONES y Brenda SUFRIN. *EU Competition Law*. 127 - 133. STJUE, *Firma Ambulaz Glockner vs Landkreis Sudwestpfalz*. Case-475/99, parf. 19 (ECLI:EU:C:2001:577); *Commission vs Italy*. Case 35/96 (ECLI:EU:C:1998:303), parf. 36 y *FENIN vs Commission* (ECLI:EU:C:2006:453). Case C-205/03, parf. 25.

¹¹ Para una definición y características de actividad económica, véase: Okeoghene ODUDU (2006). *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*. (Oxford: Oxford University Press), pp. 45 – 47. En este contexto: la noción de empresa o undertaking ha ido delimitándose, es decir, tiene un concepto autónomo en el Derecho de Competencia de la UE. La jurisprudencia de la UE no se enfoca en si la empresa tiene o no ánimo lucrativo, ni distingue en función de su carácter público o privado, o al hecho de que tenga personalidad jurídica, estableciendo una definición funcional (*functional approach*) para catalogarlo como empresa.

“VENTA AL POR MENOR DE GRAN VARIEDAD DE PRODUCTOS EN SUPERMERCADOS, ENTRE LOS QUE PREDOMINAN, LOS PRODUCTOS ALIMENTICIOS, LAS BEBIDAS O EL TABACO, COMO PRODUCTOS DE PRIMERA NECESIDAD Y VARIOS OTROS TIPOS DE PRODUCTOS, COMO PRENDAS DE VESTIR, MUEBLES, APARATOS, ARTÍCULOS DE FERRETERÍA, COSMÉTICOS, ETCÉTERA”.

Por otro lado, TERMOEK, cuenta con RUC: 0991279598001, y de acuerdo con el portal Web del SRI, su actividad económica principal es *“OTROS ACTIVIDADES DE SERVICIOS RELACIONADOS CON LA IMPRESIÓN DE DATOS DIGITALES, ETCÉTERA”.*

En consecuencia, resulta claro que tanto BUSINESSMEAL como TERMOEK, efectivamente realizan actividades económicas en el territorio nacional, y cuentan con RUC en estado activo, por tanto, estarían desempeñando sus actividades actualmente, en consecuencia pueden ser catalogados como operadores económicos. Habida cuenta, esta investigación es competencia de este órgano de control, en virtud de lo establecido en los artículo 2, 37 y 38 de la LORCPM.

Como punto central de análisis, cabe indicar que el mismo denunciante en el escrito de denuncia aseveró lo siguiente:

“Sobre los tres requisitos mencionados por la autoridad en su providencia, nos referimos a cada uno de ellos para sustentar nuestra denuncia: i) Existencia de dos o más operadores económicos conforme los parámetros señalados en el artículo 2 de la LORCPM. Los dos operadores económicos son las compañías BUSINESSMEAL S.A y TERMOEK TERMOENCOGIBLES Y EMPAQUES S.A.¹²”

Sin embargo, en el escrito de compleción de la denuncia, realiza la siguiente afirmación:

“[...] El acuerdo entre estas dos compañías de mismo origen de propietarios y del mismo representante legal, tiene evidentemente por objeto actual que la competencia en el mercado sobre el producto que importan y comercializan se vea restringida y falseada [...].¹³”

En tal sentido, de manera expresa, el denunciante aseveró que ambas compañías denunciadas, serían las presuntas infractoras del artículo 11 de la LORCPM, que comparten propietarios y también representante legal, por tal razón, es de vital importancia realizar el siguiente análisis, para determinar si los presuntos autores de la infracción denunciada pueden ser consideradas dos voluntades independientes:

En primer lugar es necesario conocer el artículo 7 del RALORCPM:

“Para efectos de lo previsto en la Ley, se estará, entre otros, a la definición y criterios de grupo económico y vinculación empresarial establecidos en la Ley de Mercado de Valores y Resoluciones de la Junta de Política y Regulación, Monetaria y Financiera. Para fines de aplicación de la letra e) del artículo 14 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y de la sección 2 del presente Reglamento, se entenderá que pertenecen a un grupo económico el conjunto de empresas u operadores económicos, cuyo volumen de negocio debe sumarse en virtud del artículo 17 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

¹² Escrito de aclaración y compleción de PLASTIMUNDO párrafo 1.10.

¹³ Ídem, párrafo 1.11

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá considerar otros factores de vinculación y conformación de grupos económicos. Para el efecto, emitirá la normativa técnica general que establezca el mecanismo de aplicación de estos criterios, de acuerdo a lo previsto en el artículo 44 número 6 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”.

En concordancia con lo aseverado, la Ley de Mercado de Valores, agregada como Libro II del Código Orgánico Monetario Financiero, publicada en el Registro Oficial Suplemento 215 del 22 de febrero de 2006, dispone:

“Art. 192.- Del control y acuerdo de actuación conjunta.- Se entiende que tienen el control de una sociedad, las personas que por sí o en unión con otras, con las que existe acuerdo de actuación conjunta, tienen el poder de influir en forma determinante en las decisiones de ella; o que son capaces de asegurar la mayoría de votos en las juntas de accionistas y pueden elegir a la mayoría de los directores o administradores.

Se considera que hay acuerdo de actuación conjunta, cuando entre dos o más personas existe una convención, expresa o tácita, para participar con similar interés en la gestión de la sociedad o para controlarla.

La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros determinará si entre dos o más personas existe acuerdo en actuación conjunta en consideración a las relaciones de representación, de parentesco, de participación simultánea en otras sociedades y la frecuencia de su votación coincidente en la elección de directores o designación de administradores y en los acuerdos de juntas de accionistas”.

Como norma concordante, la Codificación de las Resoluciones de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, en el Libro II, Tomo X, Título XVIII Empresas Vinculadas, Cap. I Grupo Económico y Empresas Vinculadas, artículo 2, numeral séptimo define como grupo económico, lo siguiente:

“7. Grupo económico: al conjunto de personas jurídicas, cualquiera que sea su actividad u objeto social, en el que alguna de ellas, denominada sociedad matriz, ejerce el control de las demás, o en el que el control de las personas jurídicas que lo conforman es ejercido, por lo menos, por una persona natural. Entiéndase también como grupo económico, al conjunto de empresas que forman parte del grupo financiero a que se refiere el artículo 417 del Código Orgánico Monetario y Financiero”.

Por otro lado, la Codificación de Resoluciones citada, en relación a la presunción de control del grupo económico y su vinculación, señala dos supuestos, a saber:

“Art. 6.- Control del grupo económico: Se presume la existencia de control del grupo económico, cuando:

- 1. Por la propiedad directa o indirecta de acciones, participaciones, contratos de usufructo, prenda, fideicomisos o cualquier otro acuerdo entre accionistas o socios, se cuente con más de la mitad de los derechos de votos en las juntas generales de accionistas o socios de una persona jurídica.*
- 2. Sin contar con más de la mitad de los derechos de voto en un órgano de gobierno de una persona jurídica, se ejerza influencia significativa, directa o indirectamente, tanto en la gestión como en las decisiones para designar o remover a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno [...].”*

Sobre la base de las disposiciones legales transcritas, a continuación se procederá a determinar si entre los operadores económicos investigados existe el control del grupo económico y quienes lo conformarían.

En ese sentido, esta Intendencia procedió a revisar la información pública que consta en el portal web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, extrayendo la siguiente información:

Tabla 1: Administradores BUSINESSMEAL

Cargo	Nombre	Cédula
Gerente General	Luis Xavier Alvarado Cornejo	0915768337
Presidente	Wilmer Alexander Pérez Bravo	0922219068

Elaborado por: DNICAPR
Fuente: Portal Web Supercías

Tabla 2: Administradores TERMOEK

Cargo	Nombre	Cédula
Gerente General	Luis Xavier Alvarado Cornejo	0915768337
Presidente	Carlos Eduardo Piovesan Descalzi	0901243063

Elaborado por: DNICAPR
Fuente: Portal Web Supercías

Tabla 3: Accionistas BUSINESSMEAL

Nombre	Cédula	Capital USD	Porcentaje
Luis Xavier Alvarado Cornejo	0915768337	64 000	8%
Carlos Eduardo Piovesan Descalzi	0901243063	368 000	46%
Leonardo Eduardo Piovesan Vilaseca	0910353857	368 000	46%
Total		800 000	100%

Elaborado por: DNICAPR
Fuente: Portal Web Supercías

Tabla 4: Accionistas TERMOEK

Nombre	Cédula / RUC	Capital USD	Porcentaje
Luis Xavier Alvarado Cornejo	0915768337	1 350 000	12,50%
FAMUPA S.A.	0992557087001	40 000	0.37%
Meibol Gricelda Pincay Romero	0920187689	1 350 000	12.50%
Carlos Eduardo Piovesan Descalzi	0901243063	8 060 000	74.63%
Total		10 800 000	100%

Elaborado por: DNICAPR
Fuente: Portal Web Supercías

En tal virtud, se ha identificado que ambos operadores económicos denunciados tienen el mismo gerente general: Luis Xavier Alvarado Cornejo, quien a su vez mantiene el 8% del paquete accionario de BUSINESSMEAL y el 12.50% del paquete accionario de TERMOEK.

Por otro lado, también se pudo corroborar que Carlos Eduardo Piovesan Descalzi, es presidente y accionista con el 46% de BUSINESSMEAL; y, a su vez, mantiene el 74.63% del paquete accionario de TERMOEK.

Continuando con lo aseverado, en vista de que Carlos Eduardo Piovesan Descalzi contaría con la propiedad directa de más de la mitad de los derechos de voto, y que Luis Xavier Alvarado Cornejo, podría ejercer influencia significativa directa o indirectamente en la gestión de las empresas

denunciadas, a la luz de la Ley de Mercado de Valores antes identificada, ambos operadores económicos conformarían un grupo económico, por tanto deberían considerarse como una sola voluntad.

Para un mejor entendimiento del significado de grupo económico, y el concepto de unidad económica única (*single economic entity*) en el Derecho de Competencia, nos referiremos al caso *Skanska*, fallo en el cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que el concepto de ‘empresa’, es utilizado para designar a una persona física o jurídica que realiza una actividad económica en el mercado de forma autónoma, y varias de estas personas pueden integrar una sola unidad económica¹⁴:

“En ese contexto, debe entenderse que dicho concepto designa una unidad económica, aunque desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia del caso Akzo Nobel y otros/ Comisión, C-516/15 P, 27 de abril de 2017, EU: C:2017:314, apartado 48 y jurisprudencia citada)”¹⁵.

Por consiguiente, se evidencia que la figura de unidad económica parte del hecho que para la configuración de un acuerdo colusorio es necesario la existencia de al menos **dos voluntades totalmente autónomas** que puedan competir en el mercado y la consecuente imposibilidad de competir entre dos empresas que forman parte de una misma unidad económica, es decir, estamos frente a un único operador económico vuelve imposible este acto anticompetitivo.

En tal razón, es fundamental considerar la sentencia del caso “*Sterling Drug Inc.*”, mediante el cual el TJUE, estableció lo siguiente:

“[...] el artículo 85 no se refiere a los acuerdos o prácticas concertadas entre empresas que pertenecen al mismo grupo en concepto de sociedad matriz y filial, cuando las empresas constituyen una unidad económica dentro de la cual la filial no goza de autonomía real para determinar su línea de actuación en el mercado, y cuando estos acuerdos o prácticas tiene por objeto efectuar un reparto interno de funciones entre las empresas”¹⁶.

Es clave señalar, con relación al derecho de propiedad que cuando dos o más empresas comparten un propietario, incluso cuando una de ellas ejercería un control total sobre la otra empresa, por este motivo el comportamiento de la sociedad filial puede imputarse a la sociedad matriz, incluso si mantiene una personalidad jurídica separada. En este escenario la filial aplica las directrices que imparte la sociedad matriz en el mercado¹⁷.

De forma concordante, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Copperweld* resolvió:

¹⁴ Patricio Pozo Vintimilla, Et. Al. “Grupo económico y acuerdos colusorios: Claves para su análisis en el derecho de competencia de Ecuador”. *Revista de Derecho Económico*. Universidad de Chile. Vol. 80, No. 1, 2023, p. 134.

¹⁵ Sentencia del caso *Vantaan kaupunki versus Skanska Industrial Solutions Oy and others*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sala segunda), C-724/17, 14 de marzo de 2019, ECLI:EU:C:2019:204, apartado 37.

¹⁶ Sentencia del caso *Centrafarm BVERSUS and Adriaan de Peijper versus Sterling Drug Inc*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 31 de octubre de 1974, ECLI:EU:C:1974:114, apartado 41 citada por Pablo Carrasco y Patricio Pozo, Grupo económico y acuerdo colusorio: Claves para su análisis en el derecho de competencia de Ecuador, revista de Derecho Económico, 2023, p 137

¹⁷ Patricio Pozo Vintimilla Et. Al. “Grupo económico y acuerdos colusorios: Claves para su análisis en el derecho de competencia de Ecuador”, pp. 136 – 145.

“La actividad coordinada de una matriz y su subsidiaria debe ser vista como la actividad de una única empresa para los efectos de la sección 1 de la Sherman Act. Una matriz y su filiar tienen una completa unidad de intereses. Sus objetivos son comunes, no dispares; sus acciones corporativas en general no son guiadas o determinadas por dos conciencias corporativas separadas [...]”¹⁸

Finalmente cabe citar a la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la SCE, que en un pronunciamiento previo, mediante Resolución de 14 de abril de 2023, emitida en el Expediente No. SCPM-CRPI-031-2022, aborda el requisito subjetivo de los acuerdos colusorios:

“El ámbito de control de acuerdos y prácticas prohibidas, determinado en el artículo 11 de la LORCPM, como precepto general, se requiere que los acuerdos restrictivos de la competencia sean realizados por dos o más operadores económicos, de manera que la verificación de esta circunstancia constituye un requisito fundamental. Es por ello que la individualización de cada uno de los operadores o grupos económicos involucrados en un posible acuerdo colusorio cobra relevancia¹⁹” (énfasis añadido).

Ahora bien, como fue indicado previamente, para la configuración de un acuerdo o práctica restrictiva, en primer lugar deben existir dos o más operadores económicos que cumplan los parámetros señalados en el artículo 2 de la LORCPM, por lo que, la inexistencia o no confluencia de uno de los requisitos, convierte en inviable la configuración de un acuerdo colusorio.

Al considerar el contenido de la denuncia y aclaración de PLASTIMUNDO, no se identificó la existencia de otro operador económico denunciado adicionalmente al grupo económico BUSINESSMEAL, y TERMOEK, ni tampoco se identificó la existencia de una segunda voluntad independiente, dentro de un presunto esquema colusorio a la luz del artículo 11 de la LORCPM, en tal sentido, no es posible presumir la configuración de un acuerdo colusorio, puesto que no se ha identificado la existencia de una segunda voluntad.

Se deja constancia, que si bien en el escrito de denuncia ha sido incluido también el operador económico FAMUPA²⁰, éste también constituye parte de los accionistas de TERMOEK, por tanto, se encontraría dentro del grupo económico en virtud de ser parte de uno de los integrantes del mismo.

Una vez que no se ha cumplido con el primer requisito establecido en el artículo 11 de la LORCPM, esto es, la existencia de **dos o más operadores económicos**, no es pertinente efectuar un análisis respecto de los dos requisitos subsiguientes, siendo por tanto jurídicamente improcedente el emitir un pronunciamiento sobre dichos aspectos.

OCTAVA.- RESOLUCIÓN: Con base en los antecedentes expuestos y las piezas procesales constantes en el presente Expediente Administrativo, toda vez que el denunciante **NO HA DADO CUMPLIMIENTO** a lo ordenado por esta Autoridad en providencia de 28 de junio de 2024 a las 09h40, referente a los requisitos que debe contener toda denunciante, establecidos en el artículo 54 de la LORCPM, esta Autoridad **RESUELVE.-**

¹⁸ *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752 (1984).

¹⁹ Mismo precepto que es abordado en las resoluciones de los expedientes No. SCE-CRPI-4-2023, de 30 de octubre de 2023, a las 16h23, expediente SCPM-CRPI-025-2021, de 17 de diciembre de 2021, expediente No. SCPM-CRPI-025-2021, de 17 de diciembre de 2021, a las 13h55.

²⁰ Escrito de Denuncia, ID 202411940, apartado II.

PRIMERO.- Ordenar el **ARCHIVO** de la denuncia presentada por EMPAQUES PLASTIMUNDO CIA LTDA., dentro del Expediente Administrativo SCE-IGT-INICAPMAPR-12-2024, de conformidad con lo prescrito en los artículos 54 y 55 de la LORCPM, en concordancia con el artículo 60 del RALORCPM.

SEGUNDO.- Se aclara al denunciante que la presente Resolución no constituye un pronunciamiento de fondo sobre los elementos denunciados, siendo ésta un análisis del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 54 de la LORCPM, por lo que se deja a salvo el derecho a presentar nuevas denuncias, en caso de considerarlo pertinente; así como, la potestad de la administración de iniciar una acción de oficio, en caso de ser procedente.

TERCERO.- Notifíquese con la presente Resolución al operador económico EMPAQUES PLASTIMUNDO CIA. LTDA., en el correo señalado para notificaciones.

CUARTO.- Notifíquese a la Intendencia General Técnica con el contenido de la presente Resolución.

QUINTO.- Continúe actuando el Abogado Juan Fernando Narváez como Secretario de Sustanciación dentro del Expediente Administrativo. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

Carlos Trujillo Viteri

**INTENDENTE NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DEL PODER
DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS**