

EXP. SCPM-CRPI-003-2019

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito D.M., 11 de marzo de 2019, a las 16h45.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder del Mercado designó al doctor Oswaldo Ramón Moncayo, Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, al doctor . Marcelo Ortega Rodríguez; y, al doctor Agapito Valdez Quiñonez Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes, quienes en uso de sus atribuciones legales disponen lo siguiente: **a)** agregar al expediente el acta de la reunión efectuada el 14 de febrero de 2019, a las 11h00; **b)** incorporar al expediente el Informe de Medidas Preventivas **No.SCPM-INICPD-2019-006-II** de fecha 28 de febrero de 2019, suscrito por el Mgs. Sebastián Paéz Vásquez, Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (e); y, **c)** agregar al expediente el escrito presentado por el Dr. José Meythaler Baquero, abogado del operador económico Fisum S.A., recibido en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 08 de marzo de 2019, a las 13h07, constante en dieciséis (16) páginas y un anexo de dos (2) páginas. Por corresponder al estado procesal del procedimiento administrativo el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia, es competente para conocer, sustanciar y resolver el presente expediente de solicitud de medidas preventivas, conforme a lo establecido en los artículos 87 y 213 de la Constitución de la República del Ecuador, 36 inciso segundo, 38 numeral 2 y 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; y, 73 y siguientes de su Reglamento de Aplicación.

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.- El presente procedimiento de petición de medidas preventivas, ha sido tramitado de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias antes invocadas, observando para el efecto las garantías constitucionales del debido proceso puntualizadas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, razón por la cual, se declara expresamente su validez.

TERCERO.- ANTECEDENTES.-

3.1. El día jueves 06 de diciembre de 2018, a las 14h43, el abogado **FRANCISCO GOTTIFREDI NEIRA**, en su calidad de Procurador Judicial del operador económico **FISUM S.A.**, conforme al Poder Especial otorgado por el Presidente de la Compañía **Dr. MARCOS MALO ACOSTA**, en ejercicio de la Representación Legal de la misma, presentó en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, una denuncia en contra de los operadores económicos **IMPORTACIONES VENTURA IMPOVENTURA C.A., AUTOMOTORES DE**



for
CS
ermy

LA SIERRA AUTOSIERRA C.A. Y CARLOS FERNANDO JARAMILLO MUÑOZ, mecanismo de ejercicio de la acción administrativa mediante el cual básicamente señala lo siguiente:

*“(...) **FISUM S.A.**, es una compañía ecuatoriana, dedicada a la importación, exportación y comercialización de vehículos. Desde el 05 de mayo de 2008, **FISUM S.A.** mantiene un **CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN** con la marca **VOLKSWAGEN**, por la que **FISUM S.A.** ha sido el importador autorizado para el territorio ecuatoriano de vehículos **VOLKSWAGEN** en diversas líneas, incluida la línea **AUTOMOVILES LIGEROS DEL SEGMENTO PASAJEROS**, que incluye varios modelos ampliamente conocidos, como son : **TIGUAN, POLO, VIRTUS**, entre otros (...)”.*

*“(...) En fecha 02 de enero de 2010, **FISUM S.A.**, firmó con **AUTOSIERRA** un contrato de concesión para la **SUBDISTRIBUCIÓN** de los referidos vehículos **VOLKSWAGEN- SEGMENTO PASAJEROS**. Este contrato faculta a **AUTOSIERRA** a adquirir y comercializar los vehículos **VOLKSWAGEN** importados por **FISUM S.A.**, así como sus repuestos y accesorios, dentro del territorio asignado a su **SUB-DISTRIBUCIÓN** (...)”.*

*“(...) **AUTOSIERRA**, es una compañía domiciliada en Ambato, cuyo Gerente General es el Sr. **JOSÉ HOLGUIN CASTRO**, y su presidente es el señor **JOSE LUIS SEVILLA GORTAIRE**. El principal accionista de **AUTOSIERRA** es **FIDEICOMISO TIMI**, con el 66% de las acciones, que a su vez es propiedad de los miembros de la Familia Sevilla según lo reportado por éste a las Bolsas de Valores de Quito y Guayaquil. Otro accionista relevante es **FAAUTO C.A.**, con el 3,66% del paquete accionario, que es de propiedad de la familia **CUESTA VÁSCONEZ, Cuesta Holguín y Cuesta Miño** (...)”.*

*“(...) El día 01 de abril de 2017, el Sr. **CARLOS FERNANDO JARAMILLO MUÑOZ** ingresa a **FISUM S.A.** en calidad de **DIRECTOR COMERCIAL**. Entre sus responsabilidades se encontraba la colación de pedidos hacia las fábricas de **VOLKSWAGEN** a nivel global, el análisis de mercados y posicionamiento de vehículos, el manejo de inventarios de importación, observar y analizar el mercado local, elaborar el programa anual de ventas (...)”.*

*“(...) Sin embargo, previo a esto, en el mes de marzo de 2017, el señor **JARAMILLO MUÑOZ** habría realizado un viaje al exterior junto con **JOSE SEVILLA GORTAIRE** y **JOSE HOLGUIN CASTRO**, máximos dirigentes de **AUTOSIERRA**. Dicho viaje fue realizado con el pretexto de una feria automotriz. Durante el mismo tomaron contacto con **VICTOR DALMAU**, representante para Latinoamérica de **VOLSKWAGEN**, domiciliado en Brasil (...)”.*

“(…) En el mes de octubre de 2017, el Sr. **JARAMILLO MUÑOZ**, ya como Director General de FISUM, viajó nuevamente a Brasil junto a JOSE SEVILLA GORTAIRE Y JOSE HOLGUIN CASTRO, tomando contacto nuevamente en ese viaje con VICTOR DALMAU (…)

“(…) Según correo electrónico de fecha 25 de octubre de 2017 a las 10h25 enviado desde la cuenta jiholguin@autosierra.com.ec hacia los contactos: cjaramillo@vw-ecuador.com.ec, “Bernardo Wohlerman”. mgalarza@vw-ecuador.com.ec, “Pedro Díaz” y “José Luis Sevilla Gortaire”, en fecha viernes 27 de octubre de 2017 a las 12h30, en oficinas de FISUM en Quito, **JARAMILLO MUÑOZ** mantuvo una nueva reunión con **JOSE IGNACIO HOLGUIN, JOSE LUIS SEVILLA GORTAIRE, y BERNARDO WOHLERMAN**, este último también directivo de FISUM S.A. Según dicho correo, se tratarían “temas relacionados con la marca actualmente”, y no habrían (sic)asistido ni Mauricio (en referencia a Mauricio Galarza, miembro de FISUM titular del correo mgalarza@vw-ecuador.com.ec) ni “Pedro”(en referencia Pedro Díaz, directivo de FISUM, domiciliado en Cuenca).

“(…) En septiembre de 2017 el Sr. **JARAMILLO MUÑOZ**, sin conocimiento ni consentimiento de la gerencia de FISUM, realiza un pedido a VOLKSWAGEN de 125 vehículos Volkswagen JETTA Motor 2.5 transmisión automática, sin un motivo comercial válido (…)

“(…) Se puede ver claramente en cadena de correos electrónicos de fecha 19 de septiembre de 2017 que es Carlos Jaramillo quien dirige un pedido a la VOLKSWAGEN Santos, Kalym A. Leandro dos Santos (B-MLS) kalym.santos@vollkwagen.com.br diciendo: “Kalym Adjunto paquetes favor revisar PBU adjunto de modelo AT es la columna I Quiero 125 jettas automáticos:

En cuanto a colores de las 125 unidades 30 blancos, 60 plomos, 20 negros, 15 beige o champagne Saludos

Carlos Jaramillo”

SANTOS Kalim A. Leando labora para VOLKSWAGEN BRASIL, siendo encargado de receptor este tipo de pedidos (…)

“(…) Este pedido no se correspondía a la realidad del mercado nacional ni a la práctica comercial debido a que:



El modelo JETTA 2.5 Automático no es un vehículo de alta demanda.

De dicho modelo JETTA 2.5 Automático solamente se habían pedido 20 autos durante todo el año 2017.



- iii. *Del referido modelo JETTA 2.5 versión Manual (más comercial), durante todo 2017 solamente se pidieron 30 unidades, en el mes de julio.*
- iv. *Del modelo JETTA 2.0 Automático (el más parecido, sin embargo menos costoso) solamente se habían pedido 42 autos divididos en 2 órdenes realizadas en febrero y marzo (...)*”.

“(...) Este pedido **nunca fue autorizado por los Directivos de FISUM**, generó complicaciones en la relación comercial entre **VOLKSWAGEN Y FISUM**, al provocar un retraso en los pagos de **FISUM** hacia **VOLKSWAGEN**, ocupando buena parte del crédito “stand by” que **FISUM** mantiene hacia **VOLKSWAGEN** en razón de sus negocios continuados, requiriéndose realizar grandes desembolsos no programados para poder continuar haciendo otros pedidos, estos otros que si eran acordes a la realidad del mercado ecuatoriano(i) y que obedecían, en consecuencia, a una lógica comercial (ii) (...)

”.

“(...) Además, generó complicaciones comerciales pues dicha anómala cantidad no fue absorbida rápidamente ni fácilmente por el mercado, al punto que a fecha de hoy, aún existen algunos en stock pendientes de despacharse (...)

”.

“(...) En diciembre de 2017, **FISUM** recibió una carta amenazante por parte de **VOLKSWAGEN**, exigiendo el cumplimiento de los pagos pendientes. La carta es firmada por **VICTOR DALMAU** (...)

”.

“(...) Esta carta es contestada por **FISUM** a inicios de enero de 2018, comprometiéndose a superar este inconveniente, recalcando además el compromiso con **VOLKSWAGEN** tras 10 años de relación, las inversiones realizadas y situaciones en las que **FISUM** había apoyado a **VOLKSWAGEN** más allá de sus obligaciones contractuales coyunturales (...)

”.

“(...) En fecha viernes 19 de enero de 2018, se realizó una nueva reunión entre **JARAMILLO MUÑOZ** y los señores **JOSE IGNACIO HOLGUIN** y **JOSE LUIS SEVILLA GORTAIRE**, en los que se trataron temas de planificación y estrategia para el año 2018. Esto según una cadena de correos electrónicos de fecha 05 de enero de 2018 (...)

”.

“(...) Entre 25 y 26 de enero de 2018, **JARAMILLO MUÑOZ** viajó nuevamente a Sao Paulo, Brasil con motivo del lanzamiento del nuevo modelo **VOLKSWAGEN VIRTUS**. A este viaje lo acompañan **JOSE IGNACIO HOLGUIN** y **JOSE LUIS SEVILLA GORTAIRE**, conforme se indica en correos electrónicos de fecha 08 de enero de 2018(...)

”.

“(…) El 4 de junio de 2018 FISUM recibió una **CARTA DE TERMINACIÓN** de su contrato de distribución de Volkswagen, terminación que tendrá efecto luego de 180 días, conforme el Contrato (…)”.

“(…) Apenas dos días después, el 6 de junio de 2018 el Sr. **CARLOS JARAMILLO MUÑOZ** se separó de **FISUM**. Se adjunta como **ANEXO 13** el aviso de salida del Sr. Jaramillo Muñoz registrado ante el IESS y el acta de finiquito registrada ante el Ministerio del Ramo (…)”.

“(…) El 13 de agosto de 2018, FISUM contestó a la carta de terminación de Volkswagen para conocer los motivos de tal terminación (…)”.

“(…) El 15 de agosto de 2018, mediante una nueva carta de VOLKSWAGEN, FISUM toma conocimiento de que los motivos de la terminación del contrato tienen que ver con asuntos financieros y de desempeño por parte de **FISUM** (…)”.

“(…) Como se explicará a continuación, esta serie de contactos y reuniones tienen una única explicación- absolutamente ilícita y desleal- que es formar parte de un plan urgido para despojar a FISUM S.A. de la distribución para el Ecuador de la Marca VOLKSWAGEN, en el que intervienen un sub-distribuidor (Autosierra) y un hoy ex trabajador (Jaramillo)”.

“(…) Veremos que, mientras estas reuniones y comunicaciones se realizaban, paralelamente, varias de las personas acusadas constituyeron un vehículo societario que posteriormente sería quien se apropie de la distribución de **VOLKSWAGEN-SEGMENTO PASAJEROS** para Ecuador, despojando a **FISUM S.A** (…)”.

“(…) Es así que en fecha 28 de febrero de 2018- antes de recibir la carta de terminación de nuestro contrato con VOLKSWAGEN, pero ya realizado el inusual pedido de autos JETTA por parte de JARAMILLO- se constituyó la compañía **IMPORTACIONES VENTURA IMPOVENTURA C.A.**, cuyo principal accionista es el señor **JOSE LUIS SEVILLA GORTAIRE**, con el 50% del capital social, siendo el siguiente socio mayoritario la compañía **VENUS S.A.**, con el 25%, siguiéndoles las empresas tenedoras de acciones **CRISOLED S.A.**, con el 19% e inversiones **Y ACCIONES CAPITALCOM S.A.**, con el restante 6%. (…)”.

“(…) Como se expuso anteriormente, **JOSE LUIS SEVILLA GORTAIRE** es Presidente de **AUTOSIERRA** y su familia es la principal accionista de la misma por medio de **FIDEICOMISO TIM**. Por su parte, **VENUS S.A.**, es de propiedad de las familias Cuesta Vásquez, Cuesta Holguín y Cuesta Miño, que son a su vez dueñas de **FAANTO C.A.**, también accionista de **AUTOSIERRA**. De igual forma, las compañías **CRISOLED e INVERSIONES** y **ACCIONES CAPITALCOM S.A.**, también están relacionadas con **AUTOSIERRA**, pues son compañías tenedoras de acciones de



Handwritten signatures and initials on the right margin.

propiedad de **LUIS EDUARDO ITURRALDE** y **PEDRO TORRES PEÑA**, respectivamente, quienes comparten con **JOSE LUIS SEVILLA GORTAIRE** administración común en algunas empresas como **PROAUTO C.A.**, **MIRASOL S.A.**, y **E.MAULME C.A (...)**”.

“(…) **JOSE LUIS SEVILLA GORTAIRE**, además, es **GERENTE GENERAL** de la referida compañía **IMPORTACIONES VENTURA IMPOVENTURA C.A.** desde su creación en febrero de 2018 (...)

“(…) Entre el 14 y el 16 de marzo de 2018, **VICTOR DALMAU**, representante de **VOLKSWAGEN** para Latinoamérica visitó el Ecuador, sin embargo, no se reunió ni visitó a ningún directivo de **FISUM**, sino al contrario, habría visitado los locales de **AUTOSIERRA** en la ciudad de Ambato. Se adjunta como **ANEXO 20**, un chat entre Ronald Sarmiento, funcionario de **FISUM S.A.**, encargado de auditoría con el funcionario **MARCELO ALVAREZ**, coordinador de gestión de calidad de **AUTOSIERRA**, que (sic) refiere a una visita de parte de **VOLKSWAGEN** en dichas fechas, así como información respecto al ingreso del señor **DALMAU** al País (...)

“(…) Ha llegado a nuestro conocimiento que, tras el envío de la **CARTA DE TERMINACIÓN del CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN** desde **VOLKSWAGEN** a **FISUM S.A.** referida en apartados anteriormente, **IMPORTACIONES VENTURA IMPOVENTURA C.A.** ha pasado a ser nuevo **DISTRIBUIDOR AUTORIZADO de VOLKSWAGEN** para el Ecuador, es decir, habría subrogado **FISUM** en su relación contractual con **VOLKSWAGEN (...)**”.

“(…) Asimismo, tuvimos conocimiento que aproximadamente entre el 08 y el 12 de octubre de 2018, **VICTOR DALMAU** habría visitado nuevamente el Ecuador, y, conjuntamente con **JOSE LUIS SEVILLA GORTAIRE** y **JOSE IGNACIO HOLGUIN CASTRO**, habrían mantenido contacto con varios otros **SUBDISTRIBUIDORES** de **FISUM S.A.** en la que informaron que **IMPOVENTURA** era el nuevo **DISTRIBUIDOR** para el Ecuador, y los invitaron a abandonar su relación actual con **FISUM S.A.** para suscribir contratos con **IMPOVENTURA**. Inclusive, nos han informado que han invitado a viajar a Brasil a representantes de los sub-distribuidores, entre el 12 y 30 de noviembre de 2018 (...)

“(…) En este caso, **JARAMILLO MUÑOZ** tuvo acceso a información sensible y secreta de propiedad de **FISUM**- tales como información financiera, de stock, planificación anual, estrategia de ventas y mercadeo, contactos internacionales, entre otra, con motivo de una relación laboral, por lo que debía abstenerse de usarla, aun cuando la relación laboral haya cesado (...)

“(…) Por su parte, **AUTOSIERRA** tuvo acceso a información sensible y secreta de propiedad de **FISUM**, en razón de su relación contractual como sub-distribuidor. Lógicamente, esta información-estrategias, planificaciones anuales, proyecciones, etc.-se facilitó dicho contexto para el correcto cumplimiento de las obligaciones de las partes, más no para que, aprovechándose de ella, **AUTOSIERRA** pretenda apropiarse del negocio de **FISUM** (…)

“(…) **IMPOVENTURA**, por su parte, es el vehículo por el que se ejecuta esta conducta, y quien pasa a beneficiarse del accionar ilícito, subrogando a **FISUM** en sus relaciones de negocio. Esto, además, hace que sea una compañía constituida con el objeto ilícito, de prohibido funcionamiento según la reciente reforma al Art.3 de la Ley de compañías (sic) realizada por la Ley de Eficiencia de Trámites (sic) (…)

“(…) Algo similar ocurre respecto a la conducta del señor **JARAMILLO MUÑOZ**, quien subvirtió su relación laboral con **FISUM**, violentado su deber de lealtad para con su empleador, actuando en su perjuicio. Las conductas de **JARAMILLO MUÑOZ** narradas en el apartado anterior, no se entienden como propias del desempeño de su cargo sino como conductas tendientes al perjuicio que se causa posteriormente, actuando como instrumento de esta compleja maniobra de competencia desleal tendiente a despojar a **FISUM** de la distribución de **VOLKSWAGEN** para el Ecuador (…)

“(…) Este despojo se verifica por medio de una empresa con un capital social de apenas \$800 dólares, **IMPOVENTURA**, de propiedad de los mismos administradores y socios de **AUTOSIERRA**, quien se hace luego con la distribución de **VOLKSWAGEN**, para lo cual debió haber presentado- como requisito sine qua non- un plan de negocio a la marca. La única explicación posible al respecto es que esta información fue utilizada por **IMPOVENTURA** para ello, y que se apalancó en los patrimonios de **AUTOSIERRA** y sus Controlantes (…)

“(…) Entonces, se cumplen claramente los elementos de este tipo administrativo sancionador, por cuanto: i) Tanto **JARAMILLO MUÑOZ** como **AUTOSIERRA** y sus administradores adquirieron información comercial sensible y no de libre acceso de propiedad de **FISUM**, incluyendo estrategias comerciales futuras, ii) Utilizaron esta información con la finalidad concurrencial que es el despojar a **FISUM** de su principal fuente de aprovisionamiento y clientela (el contrato de distribución con **VOLKSWAGEN**), iii) **IMPOVENTURA** es el vehículo para canalizar el uso de dicha información, obteniendo el beneficio del ilícito al subrogar a **FISUM** en sus relaciones de negocios (…)

“(…) Cabe indicar que la ley sanciona esta práctica por su objeto en sí misma, sin que se requiera acreditar que haya llegado a producir efectos en el mercado. Es



importante resaltar que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en resoluciones de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, ha considerado estas prácticas desleales como infracciones per se, es decir, que no requieren acreditar la existencia de una afectación al mercado ni intencionalidad, sino que son por su propio objeto ilícitas (...)”.

*“(...) En el presente caso, nos encontramos ante un caso de interferencia por parte de **AUTOSIERRA, IMPOVENTURA** y el señor **JARAMILLO MUÑOZ**, en relación contractual que **FISUM** mantenía con su principal proveedor, **VOLKSWAGEN**, con el propósito de subrogarse en su relación para beneficio propio, algo que lo han conseguido por medio de un vehículo societario constituido para ello, como **IMPOVENTURA** (...)*”.

*“(...) Además, han interferido en la relación laboral **FISUM** mantenía con **JARAMILLO MUÑOZ** a fin de desviar a este último, en lugar de actuar en beneficio y conforme a los mecanismos empresariales regulares de **FISUM**, ha creado un obstáculo artificial a las relaciones entre **Fisum** y **Volkswagen**, mediante la concertación de una operación altamente irregular y que colocaba a **Fisum** en situación de no poder cumplir inmediatamente sus compromisos con **Volkswagen**, y ha facilitado contactos y relaciones a los personeros de **AUTOSIERRA** para que logren apropiarse por medio de **IMPOVENTURA** de la distribución de **VOLKSWAGEN** para Ecuador (...)*”.

*(...) Luego de esto, finalmente, un nuevo hecho constitutivo de esta infracción, pero que a la vez es prueba de este complejo plan, es el hecho de que los personeros de **AUTOSIERRA** e **IMPOVENTURA** (que son finalmente lo mismo), con apoyo de **VICTOR DALMAU**, han intentado interferir en la relación contractual que **FISUM** mantiene con sus otros **SUBDISTRIBUIDORES**, a fin de que terminen sus relaciones con **FISUM** y suscriban contratos con **IMPOVENTURA** (...)*”.

*“(...) En el presente caso, los denunciados han actuado de forma premeditada y organizada con el objetivo de causar un incidente entre **FISUM** y **VOLKSWAGEN** (mediante un pedido de vehículos **JETTA** sin justificación comercial ni autorización suficiente, de parte de **JARAMILLO**), mientras paralelamente, gestionaban la subrogación de **FISUM** por parte de **IMPOVENTURA** en la relación contractual con **VOLKSWAGEN**, haciendo uso de la información adquirida con pretexto de su condición de **SUB-DISTRIBUIDOR** (**AUTOSIERRA**) y de empleado con rango directivo (**JARAMILLO**), con colaboración de **JARAMILLO** desde el interior de **FISUM**, quien subvirtiendo su relación de lealtad con su empleador, realiza actos tendientes a boicotear la operación y viabilidad de **FISUM** (...)*”.

“(…) Por esto, en adición a los cargos anteriormente mencionados, AUTOSIERRA, IMPOVENTURA y CARLOS JARAMILLO MUÑOZ, son denunciados como autores del ilícito desleal de violación de la cláusula general prohibitiva de la competencia desleal prevista en el art. 26 y 27 de la LORCPM (…)”.

“(…) **Medidas preventivas solicitadas.-**

9.6.1.- RESPECTO DEL SEÑOR CARLOS JARAMILLO MUÑOZ.-

ORDEN DE CESE DE LA CONDUCTA.- Esto es, que:

- a) **Se abstenga de hacer uso de la información comercial**, tales como contratos de distribución. Planes de Negocio, Proyecciones de ventas, Listas de productos con sus respectivos precios, estudios de mercado, estrategias de venta, correspondencia interna, contactos comerciales, entre otros, a los que tuvo acceso en razón de su Contrato de Trabajo de fecha 01 de abril de 2017 con **FISUM S.A.**
- b) **Se abstenga de prestar servicios, sea en relación de dependencia, como asesor o bajo cualquier otra figura**, en actividades relativas a colocación de pedidos y ventas de vehículos nuevos a concesionarios, análisis de mercado y posicionamiento de vehículos nuevos, manejo de inventario de importador, evaluación de cifras de ventas de vehículos, entre otras, cubiertas por la cláusula CUARTA del referido contrato de trabajo, referente a la reserva de información y secretos empresariales conocidos en razón del cargo que desempeñaba en **FISUM S.A.**

9.6.2.- RESPECTO DE AUTOSIERRA e IMPOVENTURA.

ORDEN DE CESE DE LA CONDUCTA.- Esto es, que:

- a) **Se abstenga de hacer uso de la información comercial secreta de propiedad de FISUM S.A.**, tales como contratos de Sub distribución, Planes de negocio Proyecciones de Ventas, Listas de productos con sus respectivos precios, estudios de mercado, estrategias de venta, correspondencia interna, contactos comerciales, entre otros, a los que pudiere haber accedido por medio de Carlos Jaramillo Muñoz o en virtud de la relación contractual previa existente entre FISUM P.S.A. y AUTOSIERRA, siendo esta información secreta de propiedad de FISUM S.A.
- b) **Se abstenga de celebrar contratos de representación o distribución o similares con VOLKSWAGEN AG**, en los que se le designare como representante de dicha marca en el Ecuador, pues implicaría aprovechamiento ilícito de secretos empresariales de propiedad de FISUM S.A. a la que habrían accedido por intermedio de Carlos Jaramillo Muñoz o en virtud de la relación



contractual previa existente entre **FISUM S.A. y AUTOSIERRA**, siendo esta información secreta de propiedad de FISUM S.A.

- c) *Se abstenga de celebrar contratos de distribución, sub-distribución, concesión, sub-concesión, o similares que tiendan a desarrollar una red de distribución de vehículos VOLKSWAGEN en la línea de PASAJEROS, por provenir directamente de la adquisición y utilización de secretos empresariales y la inducción a la infracción contractual, con la finalidad de evitar que se continúe haciendo daño a FISUM S.A., evitar que la estructura del mercado sea irremediablemente afectada, y evitar que se generen daños y perjuicios a terceros que podrían suscribir contratos de concesión o sub-distribución para venta al por menor de vehículos, mismos que serían nulos por provenir de un acto desleal.*
- d) ***Se abstenga de realizar pedidos a VOLKSWAGEN AG, VOLKSWAGEN LATIN AMERICA, y/o sus distintas fábricas de importarlos a territorio nacional,** a fin de evitar que se produzca un daño de difícil reparación a la estructura del mercado nacional, pues una vez nacionalizados y comercializados dichos vehículos, no será posible volver las cosas a su estado anterior sin causar graves perjuicios a los consumidores que llegaren a adquirir estos automóviles, de buena fe*
- e) ***Se abstenga de contactar y suscribir contratos con las personas naturales y jurídicas que actualmente mantienen contratos de concesión y/o sub-distribución con FISUMS.A.,** a fin de evitar que se produzca un daño de difícil reparación a la estructura del mercado nacional, pues una vez nacionalizados y comercializados dichos vehículos, **no será posible volver las cosas a su estado anterior sin causar graves perjuicios a los consumidores que llegaren a adquirir estos automóviles, de buena fe.** Asimismo, en razón de que implicaría la consumación de conductas desleales de inducción a la infracción contractual respecto de los contratos actualmente vigentes. Para efectos de esta petición, indicamos que las empresas que tienen vigentes contratos de concesión y/o sub-distribución con FISUM S.A., son los siguientes:*
- AUTOS Y SERVICIOS DE LA SIERRA S.A.
 - RECORDMOTOR S.A.
 - INTRANS ECUADOR S.A.
 - INDUWAGEN S.A.
 - DISTRIBUIDORA NACIONAL DE AUTOMOTORES S.A.
 - CEPESA S.A.
 - ECUA-WAGEN S.A.
 - PONCE YEPES COMPAÑÍA DE COMERCIO S.A.
- f) ***Se abstenga de solicitar su registro como Representante de la marca VOLKSWAGEN en el Ecuador ante la Agencia Nacional de Tránsito,** a fin*

de que no se induzca a error a dicha autoridad, mediante la presentación de documentos y contratos cuyo origen último son actos desleales (...)"

"(...) SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE ACTOS JURIDICOS RELACIONADOS A LA CONDUCTA PROHIBIDA.- Esto es:

- a. La suspensión de los efectos jurídicos de los contratos de provisión, representación, concesión o similares que hubieren suscrito con VOLKSWAGEN AG y/o VOLKSWAGEN LATINOAMERICA, por provenir directamente de la adquisición y utilización de secretos empresariales, a fin de evitar que se continúe haciendo daño a FISUM S.A., evitar que la estructura del mercado sea irremediamente afectada, y se generen daños y perjuicios a terceros que podrían suscribir contratos de concesión o sub-distribución para venta al por menor de vehículos, mismos que serían nulos por provenir de un acto desleal.
- b. La suspensión de los efectos jurídicos de contratos de distribución, sub-distribución, concesión, sub-concesión, o similares que hubieren suscrito, tendientes a desarrollar una red de distribución de vehículos VOLKSWAGEN en línea de PASAJEROS, por provenir directamente de la adquisición y utilización de secretos empresariales, con la finalidad de evitar que se continúe haciendo daño a FISUM S.A., evitar que la estructura del mercado sea irremediamente afectada, y se generen daños y perjuicios a terceros que podrían suscribir contratos de concesión o sub-distribución para venta al por menor de vehículos, mismos que serían nulos por provenir de una acto desleal. Para esto, se estará al listado indicado en puntos precedentes.
- c. La suspensión de los efectos jurídicos de declaraciones aduaneras de importación, declaraciones preliminares aduaneras, permisos de importación, licencias de importación, homologación de vehículos, o similares tendientes a consumir la importación de vehículos VOLKSWAGEN en la línea de PASAJEROS al territorio ecuatoriano, pues una vez nacionalizados, sería prácticamente imposible volver las cosas a su estado anterior sin causar un perjuicio a los consumidores que los hubieren adquirido, al fisco por los tributos y aranceles que se habrían pagado en su nacionalización (...)"

3.2.- En el análisis, conclusiones y recomendaciones constantes en el Informe No. **SCPM-INICPD-2019-001-I** de 9 de enero de 2019, suscrito por la Dra. Jhoanna Pullas Villavicencio, Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, se establece lo siguiente:



Handwritten signature

“(…) Análisis.-

“3.5. Las medidas preventivas solicitadas contra el señor Jaramillo Muñoz versa en función de: “Se abstenga de hacer uso de la información comercial”; “que tuvo acceso en razón de su contrato de trabajo de fecha 01 de abril de 2017 con FISUM S.A.”; así también solicitan: **“Se abstenga de presentar servicios, sea en relación de dependencia, como asesor o bajo cualquier otra figura,** en actividades relacionadas a colocación de pedidos y venta de vehículos nuevos o accesorios (...). (Resaltado fuera de texto)

“3.6. Las medidas preventivas solicitadas contra AUTOSIERRA e IMPOVENTURA, descritas en el numeral 9.6.2 de la denuncia: a.- “Se abstenga de hacer uso de la información comercial secreta de propiedad de FISUM S.A.; b.-“Se abstenga de celebrar contratos de representación o distribución o similares con VOLKSWAGEN; c.-“Se abstenga de celebrar contratos de distribución, sub-distribución, concesión, sub-concesión, o similares que tiendan a desarrollar una red de distribución de vehículos VOLKSWAGEN en la línea de pasajeros”; d.-“Se abstenga de realizar pedidos a VOLKSWAGEN AG, VOLKSWAGWEN LATIN AMERICA y/o sus distintas fábricas y de importarlos a territorio nacional”; e.-Se abstenga de contactar y suscribir contratos con personas naturales y jurídicas que actualmente mantienen contratos de concesión y/ o sub-distribución con FISUM S.A.”; “Se abstenga de solicitar el registro como representante de marca VOLKSWAGEN en Ecuador ante la Agencia Nacional de Tránsito”; y, **SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS JURIDICOS RELACIONADOS A LA CONDUCTA PROHIBIDA**”. (...).”

“3.7. La adopción de medidas preventivas propende eliminar o reducir el riesgo, mediante medidas preventivas en el origen, organizativas, de protección colectiva, de protección individual, o de formación e información, debiendo cumplir con 1.- Fumus boni iuris, la apariencia de buen derecho requisito indispensable para la protección del derecho; 2.- Periculum in mora, el peligro de perjuicio o frustración del mismo por la demora del proceso y, 3.- Claros indicios de los presupuestos (...).”

“3.8. En cuanto a las medidas preventivas requeridas por el operador económico FISUM, sobre la abstención de uso de información comercial secreta de su propiedad, es importante señalar que dada la naturaleza específica de la conducta infractora de la violación de secretos empresariales, es necesario que se aporten indicios razonables que permitan concluir que el operador económico denunciado se encuentre en uso de tales secretos; en el caso sub-examine, es menester singularizar y definir qué tipo de información utilizó el presunto infractor y si la misma constituye secreto empresarial susceptible de protección, para lo cual es necesario contar con los suficientes elementos de convicción que pueden resultar del curso regular de la investigación que la presente Intendencia tiene a cargo (...).”

“3.9. En cuanto a las subsiguientes medidas preventivas sugeridas por FISUM, contenidas en los literales b) a f) del numeral 9.6.2 de su denuncia, incluso los literales a) a c) del numeral 9.6.3, podrían infringir el derecho a la libertad de trabajo, contemplado en el artículo 33 de la CRE que manda: “El trabajo es un derecho y un deber social, un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía...” específicamente, el denunciante manifiesta que la SCPM disponga que el señor Jaramillo Muñoz: “**Se abstenga de prestar servicios, sea en relación de dependencia, como asesor o bajo cualquier otra figura** en actividades relacionadas a colocación de pedidos y venta de vehículos nuevos o accesorios”, es claro que de existir mérito para continuar con la investigación, la Intendencia estará a lo dispuesto dentro del marco normativo y de la prueba que arroje la investigación y el expediente”.

“ 3.10. Uno de los requisitos para la adopción de medidas preventivas es el peligro de perjuicio por la demora del proceso, lo cual parte de (1) la pendencia del proceso (hecho actual), pero a la vez exige que este, (2) previsiblemente (hecho futuro), **podiese causar perjuicio** o frustración en la efectividad de la posible sentencia estimatoria de la pretensión, de la mano a estos elementos la Ley pide que la medida cautelar solicitada (3) sea **indispensable** para asegurar la tutela principal o el resultado de la sentencia. En el presente proceso, no se configuran estos tres elementos y el denunciante no ha demostrado cual podría ser el peligro eminente y la afectación al interés general del cual serían víctimas los consumidores, como resultado del cambio de representante de la marca VOLKSWAGEN en el Ecuador”.

“ 3.11. Los principios adjetivos de las medidas preventivas son: “intensidad” de la conducta investigada, “**proporcionalidad**” de las medidas adoptadas o que sean consideradas en función de las necesidades y, “necesidad” impuesta por circunstancias normativas y materiales relacionadas con conductas investigadas, los intereses en juego y los derechos fundamentales. A criterio de esta Autoridad, la adopción de las medidas preventivas podría afectar a la eficiencia económica y generar un impacto social, debido a que, al ser IMPOVENTURA el único autorizado para distribuir la marca VOLKSWAGEN a nivel nacional, de suspenderse el contrato o prohibir la venta podría dejar de abastecer al mercado de estos vehículos (...)”.

“(…) **Conclusiones.-**

“El operador económico FISUM S.A., ha denunciado conductas comerciales que causarían un perjuicio al funcionamiento del ordenamiento económico de su representada, mas no una afectación al interés general, al utilizar la supuesta información reservada de la compañía e inducir a la terminación contractual de la relación de representación de la marca VOLKSWAGEN en el Ecuador”.



“En función de las presuntas prácticas anticompetitivas cometidas por el señor Jaramillo Muñoz, AUTOSIERRA e IMPOVENTURA descritas en los artículos 26 y 27 numerales 7 y 8 de la LORCPM, la Intendencia debe determinar si podría afectar y menoscabar la eficiencia económica del mercado”.

“La finalidad del derecho de competencia y el objeto de la LORCPM, es la aplicación de un ordenamiento jurídico desembocando en libre y leal competencia que ha de imperar en el mercado, como objetivo o hito primordial de salvaguardar los derechos de los consumidores y el interés general del Estado”.

“(…) Recomendaciones.-

“De la denuncia presentada por el Procurador Judicial del operador económico FISUM S.A., el 06 de diciembre de 2018, a las 14h43 con Id 120106; el escrito económico (sic) de 02 de enero de 2019 a las 13h07 con Id 121538; y, el escrito en el que amplía los elementos de la denuncia de 3 de enero de 2019 a las 15h29 con Id 1267. Así mismo, los insumos que obran en el expediente y los aportados por el operador económico, no se ha podido demostrar los requisitos legales, para que esta Autoridad recomiende a la Comisión de Resolución de Primera Instancia la adopción de medidas preventivas, entendiéndose por estos, la apariencia de buen derecho (fumus bonis iuris) y oportunidad (periculum in mora), esta Intendencia considera que no es viable sugerir la adopción de medidas preventivas, solicitadas por el operador económico FISUM S.A.; sin embargo, cumpliendo la normativa vigente, se continuará con el curso regular del proceso de investigación, a fin de establecer la presunta existencia y el cometimiento de prácticas desleales que afecten al interés público económico (...)”.

3.3.- En el análisis de la afectación y el daño potencial constante en el Informe No. **SCPM-INICPD-2019-003-I** de 28 de enero de 2019, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, establece lo siguiente:

“(…) Dentro del escrito presentado por el operador económico denunciante de 2 enero de 2018 con id trámite 121538, remite el informe del sector automotor, en el apartado “Resumen de Impacto Total”, cuidando la información confidencial del mismo, se presenta los efectos que generó la terminación unilateral del contrato por parte de VOLKSWAGEN AG provoca un perjuicio a FISUM S.A. y INTRANS S.A., los cuales han representado principalmente:

El (sic) cobertura de los costos y gastos efectivamente producidos.

Las pérdidas por dejar de recibir sus ingresos normalmente.

De acuerdo a la cuantificación del propio operador económico señala que el impacto podría ser de USD. 56.648.652,78, el mismo que se compone de lo siguiente:

Inversiones no recuperadas: la inversión que no pudo ser recuperada con los resultados de la operación debido a la interrupción anticipada de las operaciones. De manera referencial el operador económico detalla la inversión en la fábrica de ensamblaje de las camionetas Amarok con un valor total de USD. 12.754.349,66.

Liquidación de personal: este rubro alcanzo los USD.1.216.248, 70.

Los ingresos perdidos: representaron USD. 28.856.246 (...)".

"(...) Como lo detalla el operador económico preliminarmente existió una afectación económica directa a los operadores económicos FISUM. E INTRANS S.A., los mismos que tuvieron que incurrir en acciones adicionales para mantenerse en el mercado ecuatoriano".

"Bajo el concepto de potencialidad, el operador económico realizó una proyección de ventas por el método de flujos de caja descontados en un horizonte temporal de 10 años, siendo 2018 a 2027, suponiendo una tasa de crecimiento de 5%, un beneficio neto de 36, 25%, tasa de descuento de 11, 66% y un costo promedio ponderado de capital de 8, 83, resulta un valor actual de la empresa de USD.28.856.246".

"Sin embargo, no se identifica preliminarmente una afectación al interés general a causa de la terminación justificada/injustificada del contrato para la representación de la marca Volkswagen en el Ecuador, más allá de un conflicto en la relación comercial de las compañías y la cuantificación de un presunto daño efectivo y potencial que podrían generar afectaciones en la eficiencia económica y el correcto funcionamiento del mercado (...)".

3.4.- En cuanto a los requisitos de las medidas preventivas, sus conclusiones y recomendaciones constantes en el Informe **No.SCPM-INICPD-2019-006-I** de fecha 28 de febrero de 2019, se indica lo siguiente:

"(...) Requisitos de las medidas preventivas.-

El requisito de "apariencia de buen Derecho" debería justificarse por la incorporación de elementos de convicción que, sin incidir necesariamente en la decisión final de la autoridad de competencia, hagan presumir razonablemente los indicios de una infracción anticompetitiva. En el presente caso, se evidencia que el denunciante ha aportado al procedimiento indicios suficientes que indican la presunta vulneración de un acuerdo de confidencialidad en relación a los supuestos secretos comerciales por parte de los denunciados, toda vez que justifica que, el denunciado Carlos Jaramillo Muñoz era empleado de confianza, y como tal tenía acceso a



información privilegiada y sensible para FISUM S.A., por lo que preliminarmente se verifica que existe apariencia de buen Derecho, sin perjuicio de que en una eventual fase de investigación se llegue a determinar la existencia de otros indicios.

El Periculum in mora, debería verificarse con la eventual afectación que potencialmente podría darse en el mercado por parte de AUTOSIERRA, IMPOVENTURA y el señor Carlos Jaramillo Muñoz, toda vez que de acuerdo con el denunciante, habría accedido y utilizado en forma desleal información comercial de carácter confidencial, lo que estaría aparentemente distorsionando el mercado.

Sin embargo, esta Intendencia considera pertinente realizar un análisis acerca de la intensidad, necesidad y proporcionalidad de cada una de las medidas propuestas por el operador económico FISUM S.A., al amparo de lo dispuesto por la LORCPM.

En relación a la medida solicitada contra el señor Jaramillo Muñoz que versa en función de que: “Se abstenga de hacer uso de la información comercial [...] que tuvo acceso en razón de que su contrato de trabajo de fecha 01 de abril de 2017 con FISUM S.A.; esta Intendencia considera que, la misma es procedente, toda vez que el uso de información confidencial a la que tuvo acceso en razón de un cargo dentro de la estructura orgánica del operador económico es un acto deshonesto, que otorgaría ventajas competitivas a los competidores de FISUM S.A.

En este sentido, la medida propuesta por el denunciante sería necesaria, toda vez que no existiría otro medio menos lesivo a Carlos Jaramillo Muñoz, que consiga el mismo fin. Desde el punto de vista de la intensidad y proporcionalidad, la medida solicitada garantiza los derechos comerciales de FISUM S.A., en mayor grado que el nivel de restricción de los derechos de Carlos Jaramillo Muñoz, incluso no existiría lesión a sus derechos toda vez que el denunciado no tenía derechos subjetivos, peor aún fundamentales en relación a la información confidencial del (sic) FISUM S.A.

A efectos de garantizar el cumplimiento de esta medida se recomienda que se incoe al señor Carlos Jaramillo Muñoz a que comparezca ante la CRPI y presente una declaración juramentada en la que declare: i) si ha tenido acceso a información de carácter confidencial en razón de su cargo cuando fungía como empleado de FISUM S.A., ii) Si ha utilizado la información confidencial de FISUM S.A., con fines comerciales, concurrenciales, o cualquier otro, distintos a los fines propios que su cargo demandaba, durante y después de trabajar en FISUM S.A., iii) Si ha difundido información comercial de carácter confidencial perteneciente a FISUM S.A., a personas naturales o jurídicas ajenas distintas al operador económico denunciante; y, iv) Que se abstendrá de utilizar información comercial secreta de propiedad de FISUM S.A., tales como contratos de Sub-distribución, Planes de negocio, proyecciones de ventas, estrategias de ventas, listas de productos con sus respectivos

precios, estudios de mercado, estrategias de venta, correspondencia interna, contactos comerciales, entre otros de similar naturaleza.

Así también, el denunciante solicita que Carlos Jaramillo Muñoz: “Se abstenga de prestar servicios, sea en relación de dependencia, como asesor o bajo cualquier otra figura, en actividades relacionadas a colección de pedidos y venta de vehículos a concesionarios, análisis de mercado, posicionamiento de vehículos nuevos, manejo de inventario de importador, evaluación de cifras de ventas de vehículos.

Esta Intendencia considera que dicha medida no cumple con los estándares de necesidad y proporcionalidad de las medidas preventivas. Si la CRPI, se asegura de que el denunciado no revele secretos comerciales de FISUM S.A., a través de las declaraciones juramentadas sugeridas, y/o de los medios que considere pertinentes, resulta innecesario que se le impida a Carlos Jaramillo Muñoz que ejerza su derecho al trabajo en las actividades laborales en la que tendría experiencia, en razón de su profesión como “Ingeniero Comercial con Mención en Administración”. La medida sería desproporcionada, toda vez que el interés que persigue FISUM S.A., es sobre se (sic) derecho comercial, vinculado a la libertad de empresa, frente al derecho al trabajo del denunciado. Ambos derechos son constitucionales, sin embargo, el grado de afectación al derecho al trabajo que propone FISUM S.A., sería más alto que el grado de satisfacción de sus derechos comerciales, toda vez que si se impone la medida propuesta, se estaría presumiendo que el denunciado violaría su propia declaración juramentada, y bajo ese argumento se le impediría gravemente que ejerza su derecho a trabajar en una actividad libremente escogida.

En relación a las medidas propuestas en contra de AUTOSIERRA e IMPOVENTURA, esta Intendencia considera lo siguiente:

El operador económico FISUM S.A., solicita que se ordene el cese de la conducta, es decir, que las personas jurídicas denunciadas se abstengan de hacer uso de la información comercial secreta de propiedad del denunciante, tales como contratos de Sub-distribución, Planes de negocio, proyecciones de ventas, estrategias de ventas, listas de productos con sus respectivos precios, estudios de mercado, estrategias de venta, correspondencia interna, contactos comerciales, entre otros de similar naturaleza.

En este sentido, la medida propuesta por el denunciante sería necesaria, toda vez que no existiría otro medio menos lesivo a AUTOSIERRA e IMPOVENTURA, que consiga el mismo fin , PROTEGER los derechos comerciales de FISUM S.A., y la libre competencia.



Handwritten signatures and initials.

Desde el punto de vista de la intensidad y proporcionalidad, la medida solicitada garantiza los derechos comerciales de FISUM S.A., en un mayor grado que el nivel de restricción de los derechos de AUTOSIERRA e IMPOVENTURA, incluso no existiría restricción a sus derechos toda vez que los denunciados no tendrían derechos subjetivos, peor aún fundamentales en relación a la información confidencial del (sic) FISUM S.A.

A efectos de garantizar el cumplimiento de esta medida se recomienda que se incoe a los representantes legales de AUTOSIERRA e IMPOVENTURA a que comparezcan ante la CRPI y presenten una declaración juramentada en la que declare: i) si ha tenido acceso a información de carácter confidencial de FISUM S.A., ii) Si ha utilizado la información confidencial de FISUM S.A., con fines comerciales, concurrenciales, o cualquier otro; y, iii) Que se abstendrá de utilizar información comercial secreta de propiedad de FISUM S.A., tales como contratos de Sub-distribución, Planes de negocios, proyecciones de ventas, estrategias de ventas, listas de productos con sus respectivos precios, estudios de mercado, estrategias de venta, correspondencia interna, contactos comerciales, entre otros de similar naturaleza.

En los puntos b, c, d y e del acápite 9.6.2, el operador económico solicita las siguientes medidas: b.- “Se abstenga de celebrar contratos de representación o distribución o similares con VOLKSWAGEN AG”; c.- “Se abstenga de celebrar contratos de distribución, su-distribución, concesión, sub-concesión, o similares que tiendan a desarrollar una red de distribución de vehículos VOLKSWAGEN en la línea de pasajeros”; d.- “Se abstengan de realizar pedidos a VOLKSWAGEN AG, WOLKSWAGEN LATIN AMERICA y/o sus distintas fábricas y de importarlos a territorio nacional”; e.- “Se abstenga de contactar y suscribir contratos con las personas naturales y jurídicas que actualmente mantienen contratos de concesión y/o sub-distribución con FISUM S.A.”; f, Se abstenga de solicitar el registro como representante de la marca VOLKSWAGEN en Ecuador ante la Agencia Nacional de Tránsito”; y “SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE ACTOS JURÍDICOS RELACIONADOS A LA CONDUCTA PROHIBIDA”.

A criterio de esta Intendencia, estas medidas propuestas por FISUM S.A. no cumplen con los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

De acuerdo con el requisito de necesidad de la medida, la misma deber (sic) ser de última ratio, para conseguir los fines planteados por FISUM S.A. Sin embargo, el hecho de que esta autoridad de competencia, ordena el la (sic) suspensión total de los efectos jurídicos de los contratos a los que se refiere el denunciante, implicaría una restricción total a los derechos de libertad de empresa, libertades económicas y derecho al trabajo de AUTOSIERRA e IMPOVENTURA, que sería de difícil o

imposible subsanación, en caso de que la investigación principal culmine sin recomendaciones de responsabilidad.

Asimismo, el operador económico FISUM S.A. no ha justificado en qué medida, las restricciones económicas que propone en contra de los denunciados le beneficiarían a fin de que no siga sufriendo el estrés financiero al que hizo referencia en la reunión de trabajo de 14 de febrero de 2019. El hecho de que, prácticamente esta autoridad de competencia bloquee comercialmente a los denunciados, no podría coadyuvar a solventar la crisis financiera de FISUM S.A., sino todo lo contrario, podría ocasionar una distorsión irreparable en el mercado toda vez que, aparte de IMPOVENTURA, no existe otro distribuidor de VOLKSWAGEN en línea de pasajeros en el Ecuador. En tal sentido, la lesión jurídica que causaría a los denunciados no tutelaría en mayor grado los derechos concurrenciales de FISUM S.A., o el orden público económico (...).”

“(...) Conclusiones.-

- *Existe apariencia de buen derecho en relación a las conductas denunciadas por el operador económico FISUM S.A., sin embargo, este análisis jurídico no implica en ninguna forma prejuzgamiento por parte de esta Intendencia.*
- *En relación al análisis de intensidad, necesidad y proporcionalidad de las medidas preventivas solicitadas por FISUM S.A., esta Intendencia considera que únicamente proceden las medidas, al punto 9.6.1, letra a) es decir que el señor Carlos Jaramillo Muñoz se abstenga de hacer uso de la información comercial secreta de FISUM S.A.*
- *También considera que sería procedente la medida propuesta en el punto 9.6.2., letra a) respecto a AUTOSIERRA e IMPOVENTURA, es decir, que los denunciados se abstengan de hacer uso de la información comercial secreta de FISUM S.A.*
- *Las medidas propuestas en contra de CARLOS JARAMILLO MUÑOZ, constante en el punto 9.6.1., letra b) consistente en que se abstenga de prestar servicios, sea en relación de dependencia, como asesor o bajo cualquier otra figura en actividades relativas a los hechos denunciados; así como también las medidas propuestas en contra de AUTOSIERRA e IMPOVENTURA, constantes en el punto 9.6.2., letras de la b) a la f), y la referente a la suspensión de los efectos jurídicos de los actos relacionados a las conductas prohibida, no cumplirían con los requisitos de necesidad y proporcionalidad exigidos por la LORCPM, toda vez que, el riesgo de daño a los bienes jurídicos de los denunciados sería más gravoso que la restricción de los derechos comerciales de FISUM S.A.. Incluso, en relación a las medidas preventivas propuestas den contra de AUTOSIERRA e IMPOVENTURA, no se ha*



Handwritten signature and initials in blue ink.

justificado, cómo las mismas subsanarían en algo la crisis financiera que acusa FISUM S.A., en la reunión de trabajo de 14 de febrero de 2019 (...)”.

“(…) Recomendaciones.-

- *En virtud de los hechos enunciados, esta Intendencia recomienda a la Comisión de Resolución de Primera Instancia que se implementen las medidas preventivas solicitadas por FISUM S.A. en los puntos 9.6.1, letra a), y 9.6.2, letra a) de la denuncia.*
- *A fin de verificar el cumplimiento de las mismas, se recomienda que se solicite a los denunciados que la respectiva declaración juramentada, sin perjuicio de otros mecanismos que la CRPI considere pertinente aplicar, a fin de evidenciar el cumplimiento de dichas medidas.*
- *Se recomienda que se nieguen las medidas preventivas propuestas en los puntos 9.6.2., letra b), y en el punto 9.6.2., letras de la b) a la f), y la referente a la suspensión de los efectos jurídicos de los actos relacionados a la conducta prohibida (...)*”.

CUARTO.- BASE CONSTITUCIONAL, LEGAL, REGLAMENTARIA, DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL.-

4.1.- Constitucional.-

Constitución de la República del Ecuador.-

4.1.1.- El artículo 11 numeral 3 respecto a uno de los principios para el ejercicio de los derechos prescribe: “(…) Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”.

4.1.2.- El artículo 76 establece 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. 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones penales, administrativas o de otra naturaleza (...)”.

4.1.3.- El artículo 82 sobre la seguridad jurídica determina: “(…) 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 (...)”.

4.1.4.- El artículo 87 de la Constitución de la República, respecto a las medidas cautelares prescribe: “(...) Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de un derecho (...)”.

4.1.5.- El artículo 213 establece que: “(...) Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley (...)”.

4.1.6.- El artículo 284 entre los objetivos de la política económica en el numeral 8 determina: “(...) Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes (...)”

4.1.7.- El artículo 304 numeral 6 establece que la política comercial tendrá como objetivo: “(...) evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados (...)”.

4.1.8.- El artículo. 336 en relación al comercio justo determina que: “(...) *El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.*”

4.2.- Legal.-

4.2.1.- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado – LORCPM.-

4.2.1.1.- El artículo 1 establece el objeto de esta Ley y al respecto prescribe: “(...) 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 (...)”.

4.2.1.2.- El artículo 2 sobre el ámbito de la presente ley establece: “(...) Están sometidos todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que lo agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional (...)”.



4.2.1.3.- El artículo 4 contiene los lineamientos para la regulación y los principios para la aplicación de esta Ley. “(...) En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia de esta Ley (...)” “(...) Para la aplicación de la presente Ley se observarán los principios de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y debido proceso (...)”.

4.2.1.4.- El artículo 25 define la práctica desleal y establece: (...) 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 (...). “(...) La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que 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 (...)”.

4.2.1. 5.- El Artículo 26 determina: “(...) 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 (...)”.

4.2.1.6.- El artículo 27 en sus numerales 7 y 8 en cuanto a la violación de secretos empresariales e inducción a la infracción contractual establece: Numeral 7 “(...) Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que: a) La información sea secreta en el entendido de que como conjunto o en la configuración y composición precisas de sus elementos no sea conocida en general ni fácilmente accesible a las personas integrantes de los círculos que normalmente manejan el tipo de información de que se trate; b) La información tenga un valor comercial, efectivo o potencial, por ser secreta; y, c) En las circunstancias dadas, la persona que legalmente la tenga bajo control haya adoptado medidas razonables para mantenerla secreta. Se considerará desleal, en particular: a) La

divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, como resultado de alguna de las conductas previstas en el literal siguiente o en el numeral 8 de este artículo; b) La adquisición de información divulgada, en particular, de: 1. El espionaje industrial o comercial; 2. El incumplimiento de una obligación contractual o legal; 3. El abuso de confianza; 4. La inducción a cometer cualquiera de los actos mencionados en los numerales 1, 2 y 3; y, 5. La adopción por un tercero que supiera o debía saber que la adquisición implicaba uno de los actos mencionados en los numerales 1, 2, 3 y 4. A efectos de conocer y resolver sobre la violación de secretos empresariales, se estará a las siguientes reglas: a) Quien guarde una información no divulgada podrá transmitirla o autorizar su uso a un tercero. El usuario autorizado tendrá la obligación de no divulgarla por ningún medio, salvo pacto en contrario con quien le transmitió o autorizó el uso de dicho secreto; b) Toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a una información no divulgada, deberá abstenerse de usarla y de divulgarla sin causa justificada, calificada por autoridad competente, y sin consentimiento del titular, aun cuando su relación laboral, desempeño de su profesión o relación de negocios haya cesado. **Numeral 8. Inducción a la infracción contractual.-** Se considera desleal la interferencia por un tercero en la relación contractual que un competidor mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tenga como propósito inducir a estos a infringir las obligaciones que han contraído. Al tenor de lo dispuesto en este párrafo, no será necesario que la infracción se refiera a la integridad de las obligaciones contraídas mediante el contrato, sino que bastará que se vincule con algún aspecto esencial del mismo. Del mismo modo, para que se verifique la deslealtad, no será necesario que el tercero que interfiera se subrogue en la relación contractual que mantenía su competidor con quien infrinja sus obligaciones contractuales. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor el mercado u otras análogas (...).”

4.2.1.7.- El artículo 62 contiene las medidas preventivas y al respecto establece:

“(...) El órgano de sustanciación y resolución de la Superintendencia de Control del Poder Mercado, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación, podrá, a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar medidas preventivas, tales como la orden de cese de la conducta, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, la adopción de comportamientos positivos, y aquellas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia



[Handwritten signatures]

afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Las medidas preventivas no podrán consistir en la privación de la libertad, la prohibición de salida del país o el arraigo. Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar. En igual sentido, podrá disponer, a sugerencia del órgano de investigación o a pedido de parte, la suspensión, modificación o revocación de las medidas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de emitir la resolución.”
“Cuando la medida preventiva se adopte antes del inicio del procedimiento de investigación, dicha medida caducará si no se inicia el referido procedimiento en un plazo de 15 días contados a partir de la fecha de su notificación. En caso de desacato, podrá ordenar la clausura de los establecimientos en los que se lleve a cabo la actividad objeto de la investigación hasta por noventa días (...).”

4.2.2.- Código Orgánico Administrativo.-

4.2.2.1.- El artículo se refiere a las medidas cautelares y al respecto establece:
“(...) El órgano competente, cuando la ley lo permita, de oficio o a petición de la persona interesada, podrá ordenar medidas cautelares (...).”

4.2.2.2.- El artículo 190 sobre la procedencia determina “(...) Iniciado el procedimiento, si existen elementos de juicio suficientes para ello, el órgano administrativo competente puede adoptar, de oficio o petición de persona interesada, las medidas cautelares proporcionales y oportunas para asegurar la eficiencia de la resolución (...).”

4.2.2.3.- El artículo 191 trata de la modificación o revocatoria y dispone: “(...) las medidas cautelares pueden ser modificadas o revocadas, de oficio o a petición de persona interesada, durante la tramitación del procedimiento, en virtud de circunstancias imprevistas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.

La caducidad del procedimiento extingue la medida cautelar previamente adoptada (...)

4.2.2.4.- El artículo 192 respecto a la notificación y ejecución de medidas cautelares determina: “(...) El acto administrativo que suponga la adopción de medidas cautelares destinadas a asegurar la eficacia de la resolución adoptada se pueden ejecutar sin notificación previa (...).”

4.3.- Reglamentaria.-

Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

4.3.1.- El artículo 73 al referirse a las clases de medidas preventivas prescribe: “(...) Según lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley el órgano de sustanciación y resolución podrá establecer, entre otras, las siguientes medidas preventivas tendientes a evitar una grave lesión que afecte la libre concurrencia de los operadores:

- a) Ordenes de cese inmediato de la conducta en que se podrá incluir el apercibimiento de sanción de conformidad con la Ley.
- b) La imposición de condiciones.
- c) La suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida.
- d) La adopción de comportamientos positivos.
- e) Las demás que considere pertinentes para preservar las condiciones de competencia afectadas para evitar el daño que pudieren causar las conductas investigadas o asegurar la eficacia de la resolución definitiva.

No se podrán dictar medidas preventivas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales.

En ningún caso la propuesta, adopción, suspensión, modificación o revocación de medidas preventivas suspenderá la tramitación del procedimiento (...).”

4.3.2.- El artículo 74 sobre la adopción de medidas preventivas determina: “(...) El órgano de sustanciación y resolución, durante cualquier etapa del procedimiento podrá, a sugerencia del órgano de investigación o a solicitud del denunciante, dictar la adopción de medidas preventivas por el plazo que estimare conveniente.

Si las medidas preventivas hubieran sido solicitadas por el denunciado, el órgano de sustanciación y resolución enviará una consulta sobre su procedencia al órgano de investigación, quien deberá emitir su informe en el término de quince (15) días desde que la consulta fuera recibida.

El órgano de sustanciación y resolución emitirá su resolución debidamente motivada en el término de diez (10) días contados a partir de la fecha en que se hubiere recibido el informe del órgano de investigación.

La falta de pronunciamiento del órgano de sustanciación y resolución dentro del plazo establecido en el inciso anterior, no podrá ser entendida como aceptación tácita de la petición de las medidas cautelares.



[Handwritten signature]
[Handwritten initials]
[Handwritten initials]

Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar (...).”

4.3.3.- El artículo 76 prescribe: “(...) De conformidad con la ley, el órgano de sustanciación y resolución, a sugerencia del órgano de investigación o a petición fundamentada de los interesados, y previo informe de dicho órgano, podrá ordenar en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, la suspensión, modificación o revocatoria de las medidas preventivas debido a circunstancias sobrevinientes o desconocidas al tiempo de su adopción (...).”

4.4.- Doctrinaria.-

4.4.1.- Los juristas Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, sostienen: “(...) El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha desarrollado las mismas tesis de una manera aún más resuelta. En la sentencia Factortame I de 1990 (donde eran parte, por cierto, pescadores españoles) declaró que un juez nacional podía y debía suspender cautelarmente la aplicación de una Ley cuando ésta infringe el Derecho Comunitario, lo que, por cierto ha causado una verdadera revolución constitucional en Inglaterra, y ello sobre la base del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y del *periculum in mora*, o peligro de perjuicio serio si la medida se retrasa (...).” Curso de Derecho Administrativo. Civitas Ediciones. Octava Edición. Madrid 2002. Página 640.

4.4.2.- El jurista Patricio Secaria Durango, en cuanto a los requisitos de las medidas cautelares nos dice lo siguiente: “(...) La doctrina ha señalado que las medidas cautelares se fundan en dos características o requisitos que las explican:

1. *Periculum in mora*, (peligro de la demora) que es la incertidumbre o el peligro de la demora en la tramitación de los juicios, al cual se incorpora asimismo, la necesidad de que se garantice el cumplimiento de la sentencia y se eviten los daños que se producen por la competencia desleal denunciada.
2. *Fumus boni iuris*, (humo-apariencia del buen derecho), que en materia de competencia desleal se explica por las pruebas preliminares que se entregan, en la demanda de las cuales se infieran, sin que ello signifique un adelantamiento de opinión judicial, elementos suficientes para que se precautelen bienes, se eviten nuevos actos, se suspendan los que están en ejecución o se prohíban aquellos que potencialmente se produzcan, para de esta manera proteger los daños a los operadores económicos, a los consumidores y al interés público (...).” Derecho Administrativo y Corrección Económica. Memorias Seminario Internacional. Corte Nacional de Justicia. Primera Edición. Quito- Ecuador 16-19 de noviembre de 2015. Página 212 (...).”

4.4.3.- Según los tratadistas Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco “(...) las medidas cautelares sirven como una garantía que impide la generación de un daño y al mismo tiempo satisface la obtención de una providencia definitiva que cumpla con las características de consideración y ponderación necesarias para contar con una respuesta justa y efectiva en la garantía de los derechos constitucionales (...)”. Sobre el principio de la ineficacia de la decisión afirman: “(...) una de las razones por las que se plantea la necesidad de que existan medidas cautelares, es la de evitar que la decisión definitiva resulte ineficaz, debido a que la demora en la expedición de esta, puede producir la consumación del daño irreparable, haciendo necesaria la adopción de medidas previas. Y respecto al artículo 87 de la Constitución sustentan: “(...) que las medidas cautelares procederán frente a un hecho que “amenace de modo inminente y grave con violar un derecho “asegurando además que la gravedad del daño se relaciona con la intensidad o frecuencia de dicha violación. Al respecto cabe precisar que los requisitos específicos en el artículo son, en su mayor parte, compartidos con los criterios generales de las medidas cautelares provisionales en las que deben mediar criterios de gravedad, urgencia e inminencia de un daño irreparable (...)”.Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Tomo 2, Centro de Estudios y Difusión, Quito, Ecuador 2012, Página 89 y 91.

4.4.4.- El jurista Christian Masapanta Gallegos manifiesta que: “(...) Desde la doctrina para el otorgamiento de medidas cautelares, se exige la concurrencia de dos requisitos: el denominado *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, que se encuentra relacionado con la verosimilitud de la medida; y el *periculum in mora* o peligro, riesgo o amenaza del derecho por el paso del tiempo. La denominada apariencia de buen derecho o verosimilitud del derecho (*fumus bonis iuris*) constituye un principio sustancial que permite operar a las medidas cautelares, cuya esencia hace referencia al conocimiento no exhaustivo, o profundo que debe tener el juzgador al momento de otorgar la garantía; es decir, debido a la naturaleza inminente de la vulneración del derecho, el juzgador no debe exigir certeza para la concesión de la medida, sino debe verificar únicamente una apariencia, es decir un cierto grado de verosimilitud del derecho, por medio de la cual el operador de justicia no requerirá una demostración plena de la veracidad de los hechos, sino únicamente bases razonables para suponer que lo alegado puede ser verdadero. Entre tanto, el peligro en la demora *periculum in mora* es el fundamento de la existencia de las medidas cautelares, este principio hace relación al tiempo que tarda en pronunciarse la sentencia definitiva, lo cual constituye un peligro para los derechos de las personas quienes frente a un peligro inminente deben plantear medidas cautelares como la garantía más efectiva (...)” MANUAL de justicia constitucional ecuatoriana (las medidas cautelares en la realidad constitucional ecuatoriana). Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC). Quito- Ecuador 2013. Páginas 246 y 247.



4.5.- Jurisprudencial.-

4.5.1.- La Corte Constitucional del Ecuador al referirse a la actual Constitución garantista expone lo siguiente: “(...) la Carta aprobada en el 2008, de que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, y que tiene como deber primordial garantizar, sin ningún tipo de discriminación, el goce efectivo de los derechos establecidos en la Constitución y en instrumentos internacionales; por lo tanto, su más alto deber consiste en respetar y hacer respetar los derechos constitucionales que son de aplicación directa e inmediata, sin que para su ejercicio deban exigirse condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución, o falta de norma para justificar su violación (...)” Sentencia No.060-12-SEP-CC. Caso No.0420-10-EP.

4.5.2.- En cuanto al debido proceso la Corte Constitucional señala lo siguiente: “(...) El artículo 76 de la Constitución garantiza que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurara el derecho al debido proceso, y establece además que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes, así como que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; y así también la garantía del debido proceso consolida, a su vez la seguridad jurídica que constituye el elemento esencial y patrimonio común de la cultura del Estado de derechos y justicia; la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución en donde la ley se concreta en la confiabilidad, en el orden jurídico, en la certeza sobre el derecho escrito y vigente, es decir, el reconocimiento y la previsión de la situación jurídica (...)”. Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia No.056-12-SEP-CC- Caso No.0850-10-EP de 27 de marzo de 2012.

4.5.3.- En lo relativo al derecho de la seguridad jurídica la Corte Constitucional expresa: “(...) En definitiva, el derecho a la seguridad jurídica es una garantía de certeza de respeto a los derechos, o dicho de otro modo: una situación jurídica no será cambiada sino de conformidad con procedimientos establecidos, es decir, el derecho constitucional a la seguridad jurídica implica la seguridad en el orden jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y la ley, sin quedar sujeto a la arbitrariedad, de ahí su estrecha relación con el derecho a la tutela judicial, pues el respeto de la Constitución y de la ley garantizan el acceso a una justicia efectiva, imparcial y expedita (...)”. Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia No.109-12-SEP-CC. Caso No.0246-10 EP de 08 de marzo de 2012.

4.5.4.- En lo que se refiere a la apariencia de buen derecho la Corte Constitucional se ha pronunciado así: “(...) La verosimilitud fundada de la pretensión, conocido en doctrina como *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, es otro de los presupuestos propios de una acción de medida cautelar. Ella en realidad en donde descansa el fundamento del otorgamiento de una medida cautelar de naturaleza

constitucional, pues se basa en una presunción razonable de que los hechos denunciados como violatorios o inminente violación de los derechos constitucionales, así como de los previstos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, son verdaderos (...)"'. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No.0034-13-SCN-CC, Caso. No.0561-12-CN.

QUINTO.- FUNDAMENTOS JURIDICOS PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS SOLICITADAS.-

5.1.- Como se puede observar la ley dispone expresamente que el órgano de sustanciación y resolución, a sugerencia del órgano de investigación, podrá adoptar medidas preventivas con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Para la procedencia se requiere la concurrencia de dos requisitos: **a) apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*)**, "es decir un cierto grado de verosimilitud del derecho, por medio de la cual el operador de justicia no requerirá una demostración plena de la veracidad de los hechos, sino únicamente bases razonables para suponer que lo alegado puede ser verdadero". Al respecto, Piero Calamandrei sostiene: "(...) *la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidad y verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho en función de la sentencia principal; en sede cautelar vasta que el derecho aparezca verosímil (...)*". Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares. Buenos Aires 1996. Página 77. En el presente caso, este requisito se encuentra acreditado en el Informe **No.SCPM-INICPD-2019-006-I** de 28 de febrero de 2019, a continuación del título "**SOBRE LOS REQUISITOS DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS**", al expresar: "(...) *El requisito de "apariencia de buen Derecho" debería justificarse por la incorporación de elementos de convicción que, sin incidir necesariamente en la decisión final de la autoridad de competencia, hagan presumir razonablemente los indicios de una infracción anticompetitiva. En el presente caso, se evidencia que el denunciante ha aportado al procedimiento indicios suficientes que indican la presunta vulneración de un acuerdo de confidencialidad en relación a los supuestos secretos comerciales por parte de los denunciados, toda vez que justifica que, el denunciado Carlos Jaramillo Muñoz era empleado de confianza, y como tal tenía acceso a información privilegiada y sensible para FISUM S.A., por lo que preliminarmente se verifica que existe apariencia de buen Derecho, sin perjuicio de que en una eventual fase de investigación se llegue a determinar la existencia de otros indicios (...)*"; y, **b) peligro de la demora (*periculum in mora*)**, es el peligro por la demora en la tramitación procesal, evitando con ello los daños que puedan causar las conductas por la competencia desleal y asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro. En este sentido, según los tratadistas Marcelo Marín Sevilla, Juan Carlos Riofrío, Julio Duran Carrión y otros,



“(...) La segunda parte de la LORMer1 consagra como finalidad adicional de la ley la eliminación de los actos de competencia desleal como medio para lograr el funcionamiento eficiente de los mercados a través del normal desenvolvimiento de las actividades económica, beneficiando de este modo, a todos aquellos que participan en el mercado, es decir, a proveedores y consumidores (...)”. REGIMEN DE COMPETENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones. Universidad de los Hemisferios. Primera Edición. Página 180. En el caso sub judice respecto a la justificación de este presupuesto la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, en su Informe No.SCPM-INICPD-2019-006-I de 28 de febrero de 2019, a continuación del título **“SOBRE LOS REQUISITOS DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS”** realiza un análisis del invocado requisito y sobre la intensidad, necesidad y proporcionalidad de las medidas propuestas por el operador económico FISUM, y que son las que podrían adoptarse en el presente procedimiento administrativo; estudio que esta Comisión lo acoge y lo hace suyo en los siguientes términos: *“(...) El Periculum in mora, debería verificarse con la eventual afectación que potencialmente podría darse en el mercado por parte de AUTOSIERRA, IMPOVENTURA y el señor Carlos Jaramillo Muñoz, toda vez que de acuerdo con el denunciante, habría accedido y utilizado en forma desleal información comercial de carácter confidencial, lo que estaría aparentemente distorsionando el mercado.*

Sin embargo, esta Intendencia considera pertinente realizar un análisis acerca de la intensidad, necesidad y proporcionalidad de cada una de las medidas propuestas por el operador económico FISUM S.A., al amparo de lo dispuesto por la LORCPM.

En relación a la medida solicitada contra el señor Jaramillo Muñoz que versa en función de que: “Se abstenga de hacer uso de la información comercial [...] que tuvo acceso en razón de que su contrato de trabajo de fecha 01 de abril de 2017 con FISUM S.A.; esta Intendencia considera que, la misma es procedente, toda vez que el uso de información confidencial a la que tuvo acceso en razón de un cargo dentro de la estructura orgánica del operador económico es un acto deshonesto, que otorgaría ventajas competitivas a los competidores de FISUM S.A.

En este sentido, la medida propuesta por el denunciante sería necesaria, toda vez que no existiría otro medio menos lesivo a Carlos Jaramillo Muñoz, que consiga el mismo fin. Desde el punto de vista de la intensidad y proporcionalidad, la medida solicitada garantiza los derechos comerciales de FISUM S.A., en mayor grado que el nivel de restricción de los derechos de Carlos Jaramillo Muñoz, incluso no existiría lesión a sus derechos toda vez que el denunciado no tenía derechos subjetivos, peor aún fundamentales en relación a la información confidencial del (sic) FISUM S.A (...).”

“(...) En relación a las medidas propuestas en contra de AUTOSIERRA e IMPOVENTURA, esta Intendencia considera lo siguiente:

El operador económico FISUM S.A., solicita que se ordene el cese de la conducta, es decir, que las personas jurídicas denunciadas se abstengan de hacer uso de la información comercial secreta de propiedad del denunciante, tales como contratos de Sub-distribución, Planes de negocio, proyecciones de ventas, estrategias de ventas, listas de productos con sus respectivos precios, estudios de mercado, estrategias de venta, correspondencia interna, contactos comerciales, entre otros de similar naturaleza.

En este sentido, la medida propuesta por el denunciante sería necesaria, toda vez que no existiría otro medio menos lesivo a AUTOSIERRA e IMPOVENTURA, que consigna el mismo fin, PROTEGER los derechos comerciales de FISUM S.A., y la libre competencia.

Desde el punto de vista de la intensidad y proporcionalidad, la medida solicitada garantiza los derechos comerciales de FISUM S.A., en un mayor grado que el nivel de restricción de los derechos de AUTOSIERRA e IMPOVENTURA, incluso no existiría restricción a sus derechos toda vez que los denunciados no tendrían derechos subjetivos, peor aún fundamentales en relación a la información confidencial del (sic) FISUM S.A.

5.2.- La ley también dispone que las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidad del daño que se pretenda evitar, esto es, deben ser las adecuadas, proporcional y necesarias al fin que se persigue, desde luego dependiendo de la gravedad y circunstancias particulares del caso.

Tampoco se podrán dictar medidas preventivas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales, es decir, en ningún caso pueden ser excesivas o desproporcionadas, tal como acontece con ciertas medidas preventivas que ha solicitado el operador económico FISUM S.A., en su denuncia, en cuya cita y análisis la Intendencia manifiesta lo siguiente: "(...) Carlos Jaramillo Muñoz: "Se abstenga de prestar servicios, sea en relación de dependencia, como asesor o bajo cualquier otra figura, en actividades relacionadas a colección de pedidos y venta de vehículos a concesionarios, análisis de mercado, posicionamiento de vehículos nuevos, manejo de inventario de importador, evaluación de cifras de ventas de vehículos.

✓ (•••) *Resulta innecesario que se le impida a Carlos Jaramillo Muñoz que ejerza su derecho al trabajo en las actividades laborales en la que tendría experiencia, en razón de su profesión como "Ingeniero Comercial con Mención en Administración". La medida sería desproporcionada, toda vez que el interés que persigue FISUM S.A., es sobre se (sic) derecho comercial, vinculado a la libertad de empresa, frente al derecho al trabajo del denunciado. Ambos derechos son constitucionales, sin embargo, el grado*



de afectación al derecho al trabajo que propone FISUM S.A., sería más alto que el grado de satisfacción de sus derechos comerciales, toda vez que si se impone la medida propuesta, se estaría presumiendo que el denunciado violaría su propia declaración juramentada, y bajo ese argumento se le impediría gravemente que ejerza su derecho a trabajar en una actividad libremente escogida (...)

“(...) En los puntos b, c, d y e del acápite 9.6.2, el operador económico solicita las siguientes medidas: b.- “Se abstenga de celebrar contratos de representación o distribución o similares con VOLKSWAGEN AG”; c.- “Se abstenga de celebrar contratos de distribución, su-distribución, concesión, sub-concesión, o similares que tiendan a desarrollar una red de distribución de vehículos VOLKSWAGEN en la línea de pasajeros”; d.- “Se abstengan de realizar pedidos a VOLKSWAGEN AG, WOLKSWAGEN LATIN AMERICA y/o sus distintas fábricas y de importarlos a territorio nacional”; e.- “Se abstenga de contactar y suscribir contratos con las personas naturales y jurídicas que actualmente mantienen contratos de concesión y/o sub-distribución con FISUM S.A.”.; f, Se abstenga de solicitar el registro como representante de la marca VOLKSWAGEN en Ecuador ante la Agencia Nacional de Tránsito”; y “SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE ACTOS JURÍDICOS RELACIONADOS A LA CONDUCTA PROHIBIDA”.

A criterio de esta Intendencia, estas medidas propuestas por FISUM S.A. no cumplen con los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

De acuerdo con el requisito de necesidad de la medida, la misma deber (sic) ser de última ratio, para conseguir los fines planteados por FISUM S.A. Sin embargo, el hecho de que esta autoridad de competencia, ordena el la (sic) suspensión total de los efectos jurídicos de los contratos a los que se refiere el denunciante, implicaría una restricción total a los derechos de libertad de empresa, libertades económicas y derecho al trabajo de AUTOSIERRA e IMPOVENTURA, que sería de difícil o imposible subsanación, en caso de que la investigación principal culmine sin recomendaciones de responsabilidad.

Asimismo, el operador económico FISUM S.A. no ha justificado en qué medida, las restricciones económicas que propone en contra de los denunciados le beneficiarían a fin de que no siga sufriendo el estrés financiero al que hizo referencia en la reunión de trabajo de 14 de febrero de 2019. El hecho de que, prácticamente esta autoridad de competencia bloquee comercialmente a los denunciados, no podría coadyuvar a solventar la crisis financiera de FISUM S.A., sino todo lo contrario, podría ocasionar una distorsión irreparable en el mercado toda vez que, aparte de IMPOVENTURA, no existe otro distribuidor de VOLKSWAGEN en línea de pasajeros en el Ecuador. En tal sentido, la lesión jurídica que causaría a los denunciados no tutelaría en mayor

grado los derechos concurrentiales de FISUM S.A., o el orden público económico (...)”.

En reunión de trabajo realizada el día miércoles 06 de marzo de 2019, a las 15h00, el operador económico **AUTOSIERRA**, a través de su abogado defensor explicó que su representada tenía experiencia en la comercialización de vehículos **VOLKSWAGEN**, ya que ha sido distribuidor de **VOLKSWAGEN** para el Ecuador por varias décadas y aún antes de que lo sea FISUM S.A., razón por la cual, **AUTOSIERRA** tendría el conocimiento de los productos **VOLKSWAGEN** en el mercado ecuatoriano y no requeriría, necesariamente, información de **FISUM S.A.**, para su desempeño

SEXTO.- RESOLUCIÓN.- En mérito de los fundamentos que anteceden y uso de sus atribuciones legales previstas en los artículos 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Mercado y 74 de su Reglamento de Aplicación, esta Comisión de Resolución de Primera Instancia.

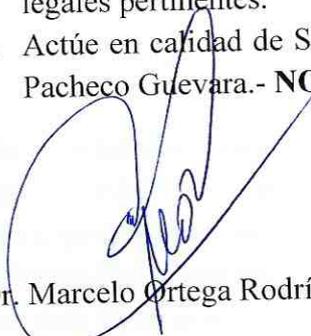
RESUELVE:

1. **ACOGER** parcialmente las recomendaciones constantes en el Informe **No. SCPM-INICPD-2019-006-I** de 28 de febrero de 2019, suscrito por el Mgs Sebastián Páez Vásconez, Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (e) de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, según denuncia presentada el día jueves 06 de diciembre de 2018, a las 14h43, por el abogado **FRANCISCO GOTTIFREDI NEIRA**, en su calidad de Procurador Judicial del operador económico **FISUM S.A.**, conforme al Poder Especial otorgado por el Presidente de la Compañía **Dr. MARCOS MALO ACOSTA**, en ejercicio de la Representación Legal de la compañía.
2. **ADOPTAR** como medidas preventivas durante el tiempo que dure la investigación, las siguientes:
 - a) El señor Carlos Jaramillo Muñoz, se abstenga de hacer uso de la información comercial, tales como contratos de distribución, planes de negocio, proyecciones de ventas, listas de productos con sus respectivos precios, estudios de mercado, estrategias de venta, correspondencia interna, contactos comerciales, entre otros, a los que tuvo acceso en razón de su Contrato de Trabajo de fecha 01 de abril de 2017 suscrito con **FISUM S.A.**, siempre que esta información comercial sea utilizada a favor de **AUTOSIERRA** o **IMPOVENTURA**, en cualquier condición laboral, como consultor o asesor externo;
 - b) Que los operadores económicos **AUTOSIERRA** e **IMPOVENTURA**, se abstengan de hacer uso de la información comercial secreta de propiedad de **FISUM S.A.**, que consten en los planes de negocio de **FISUM S.A.**, en



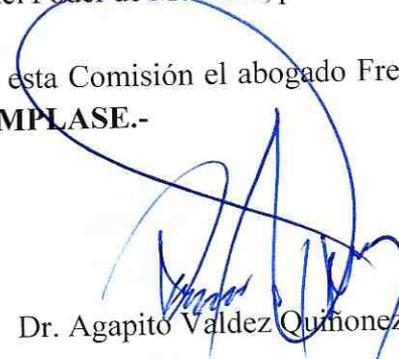
proyecciones de ventas de **FISUM S.A.**, en estudios de mercado desarrollados por **FISUM S.A.**, en estrategias de venta desarrolladas por **FISUM S.A.**, en la correspondencia entre **FISUM S.A.** y **AUTOSIERRA**, y en general, la información a la que pudiere haber accedido por la relación con el señor Carlos Jaramillo Muñoz; sin perjuicio de que **AUTOSIERRA**, pueda usar el conocimiento y las estrategias de negocios que hubiere obtenido con ocasión de haber sido distribuidor de **VOLKSWAGEN** en el Ecuador durante varios años, antes de que lo fuera **FISUM S.A.**

3. **NOTIFICAR** con la presente Resolución a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, al señor Carlos Jaramillo Muñoz, a los operadores económicos **FISUM S.A.**, **AUTOSIERRA** e **IMPOVENTURA**, Intendencia Nacional de Planificación ; y , a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para los fines legales pertinentes.
4. Actúe en calidad de Secretario Ad-Hoc de esta Comisión el abogado Freddy Pacheco Guevara.- **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.-**



Dr. Marcelo Ortega Rodríguez

COMISIONADO



Dr. Agapito Valdez Quiñonez

COMISIONADO



Dr. Oswaldo Ramón Moncayo

PRESIDENTE

