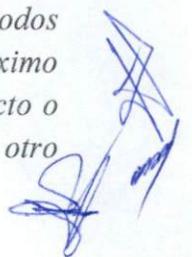


- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** Intendencia de Prácticas Desleales
- **Expediente de la Intendencia:** SCPM-IIPD-2013-026
- **Expediente Apelación:** SCPM-IIPD-2013-026-A-015-DS
- **Denunciante:** MAQHENSA REPRESENTACIONES S.A.
- **Denunciados:** Hans Hinrich Schuback Weichschach y otros.

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-**

Quito, DM, 14 de octubre de 2015, a las 14h30.- **VISTOS.-** Dentro del presente expediente administrativo, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme el acta de posesión ante el Pleno de la Asamblea Nacional, de fecha 06 de septiembre de 2012 cuya copia certificada se encuentra agregada al expediente, en uso de mis facultades legales, estando el proceso para resolver, **SE CONSIDERA: PRIMERO.- INCORPORACIÓN DOCUMENTAL:** Agréguese al expediente el escrito de 18 de septiembre de 2015, presentado por Marcela Navia en calidad de representante legal de Maqhensa Representaciones S.A. **SEGUNDO.- COMPETENCIA:** En virtud de lo dispuesto en el Art. 44 numeral 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso de Apelación interpuesto. **TERCERO.- VALIDEZ PROCESAL:** La tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, no adolece de vicios de procedimiento ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal, por lo que esta Autoridad declara la validez del mismo. **CUARTO.- LEGALIDAD DEL RECURSO:** El recurrente por sus propios derechos (Hans Hinrich Schuback Weichschach) ha presentado su recurso de apelación de fecha 13 de julio de 2015, es decir dentro del término legal, cumpliendo así el principio de oportunidad garantizado en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.- *“Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control del Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición. El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo recurrido. Transcurrido dicho término sin haberse interpuesto el recurso, el acto administrativo será firme para todos sus efectos. El recurso se concederá solo en el efecto devolutivo. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de 60 días calendario. Contra el acto o resolución que conceda o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro*



*recurso en vía administrativa*". **QUINTO.- PROVIDENCIA IMPUGNADA.**- El acto administrativo impugnado es la Resolución de 16 de junio de 2015 a las 16h50, expedida por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales (IIPD), legalmente notificada el 18 de junio de 2015 en que se dispone; "**Primero.-** *Aceptar el recurso de reposición interpuesto por el operador económico REPRESENTACIONES MAQHENSA S.A. (SIC) de fecha 17 de abril de 2015, con la finalidad de investigar y tener fundamentos más amplios para resolver. Segundo.-* Dejar sin efecto la resolución de 18 de marzo de 2015, las 16h11, mediante la cual se resuelve el archivo del expediente SCPM-IIPD-2013-026. **Tercero.-** De conformidad con el Art. 56 de la LORCPM, Art. 62 del RLORCPM y el Art. 5 literal b del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se prorroga el plazo de investigación por ciento ochenta (180) días a partir de la resolución de 18 de marzo de 2015, las 16h11".

**SEXTO.- PRETENSIONES DEL RECURRENTE.**- El señor Hans Schuback, mediante escrito de 13 de julio de 2015, interpone Recurso de Apelación en contra de la Resolución de 16 de junio de 2015 a las 16h50, expedida por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales y solicita: "*Con base a los fundamentos de hecho y de derecho que anteceden, de manera respetuosa señor Superintendente, solicitamos se consideren y resuelvan dentro de este recurso de apelación: 1. Ordene practicar la prueba solicitada en el acápite de V. PRUEBAS de este recurso de apelación; 2. Declare la ilegitimidad de personería activa de la señora Marcia Navia Alverdi de Gansauer supuesta Vicepresidenta Ejecutiva de la MAQHENSA S.A. quien presentó el recurso de reposición y por tanto revoque la resolución dictada por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales (IIPD) de 16 de junio de 2015 impugnada; 3. Revoque la resolución dictada por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales (IIPD) de 16 de junio de 2015 sobre el recurso de reposición por cuanto esta resolución: a. Carece de legal y debida motivación conforme se demostró en este recurso de apelación; b. Ha violado las garantías del debido proceso al violar mi derecho a ser escuchado en el momento procesal oportuno y en igualdad de condiciones, consagrado en el Artículo 76, numeral 7, literal c) de la Constitución de la República del Ecuador; c. Ha violado las garantías del debido proceso al no considerar ninguna de las excepciones y pruebas presentadas y solicitadas por Hans H. Schuback en tres ocasiones, lo cual genera como consecuencia, además de una afectación al debido proceso y a su validez, nulidad de la resolución S/N de la IIPD de 16 de junio de 2015; 4. Ordene el archivo del Expediente No. SCPM-IIPD-2013-026 ya que el derecho de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales de prorrogar el plazo de investigación por ciento ochenta (180) días más precluyó el 18 de marzo de 2015; 5. Ordene el cumplimiento de la resolución de 18 de marzo de 2015 de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales y se archive el Expediente No. SCPM-IIPD-2013-026, debido a que, entre otras cosas no existe "(...) mérito para formular*

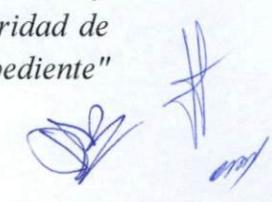


*cargos en el presente procedimiento de investigación y de conformidad con los Arts. 25, 26, y 27 de la LORCPM, no se configuran los elementos necesarios para determinar el cometimiento de las infracciones denunciadas (...)*". **SEPTIMO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-** Atendiendo el Recurso de Apelación interpuesto por el señor Hans Hinrich Schuback Weichschach por sus propios y personales derechos y revisado el expediente No. SCPM-IIPD-2013-026, se realizan las siguientes consideraciones procesales: **UNO.-** Con fecha 30 de septiembre de 2013 el señor Paul Shonnenholzner, representante legal de MAQHENSA REPRESENTACIONES S.A., presentó una denuncia ante el Superintendente de Control del Poder de Mercado en contra de: Sr. Hans Hinrich Shuback Weichschach; Sra. Cecilia Isabel Prieto Vega; Sr. Colin Robert Armstrong Wilson; INCHPAC S.A., compañía ecuatoriana representada por el señor Hans Hinrich Shuback Weichschach ("INCHPAC"); AGRIPAC S.A., compañía ecuatoriana representada por el señor Colin Robert Armstrong Wilson ("AGRIPAC"); CLEAVER-BROOKS, compañía estadounidense representada por el señor P. Welch Goggins, Jr. ("CLEAVER-BROOKS"); SCHENECTADY INTERNATIONAL INC. (SI GROUP, INC.), compañía estadounidense representada por el señor Stephen J. Large ("SI GROUP"); HONEYWELL INTERNATIONAL INC., compañía estadounidense representada por el señor David M. Cote ("HONEYWELL"); ASHLAND INC., compañía estadounidense representada por el señor Jim O'Brien ("ASHLAND"); SIDEL GROUP, compañía francesa representada por el señor Mart Tiismann ("SIDEL"); Sr. Carlos Iván Cruz Aragundi, por sus propios y personales derechos, encargado de la División Equipos Energéticos de la empresa INCHPAC S.A; TÉCNICA, MONTAJE Y MANTENIMIENTO CRUZ S.A. TECMOCRUZ, compañía ecuatoriana representada por el señor Álvaro Fernando Cruz Aragundi ("TECMOCRUZ"); Sr. John C. Patterson por sus propios y personales derechos, Inside Sales Manager de CLEAVER-BROOKS; Sr. Kristine Baine, por sus propios y personales derechos, Inside Sales Manager de CLEAVER-BROOKS; Sr. Sergio Rapoport, por sus propios y personales derechos, Gerente de Exportaciones de SI GROUP; Sr. Floris vanEyndhoven, por sus propios y personales derechos, Gobal Distribution Management de ASHLAND; Sr. Sergio García, por sus propios y personales derechos, North Latin America Sales Manager de ASHLAND; Sr. Alejandro Ramírez, por sus propios y personales derechos, SMT Process Engineer de HONEYWELL; Sr. Paco Paratore, por sus propios y personales derechos, LA Sales Manager de HONEYWELL; Sr. Michael Calicchio, por sus propios y personales derechos, America Sales Leader de HONEYWELL; Sr. Juste Bertrand, por sus propios y personales derechos, Regional Commercial Director, North Hispanic America de SIDEL ("Bertrand")." (fs. 1 a 33). **DOS.-** El 10 de diciembre de 2013 la Intendencia de Prácticas Desleales (IIPD) resolvió: "*Primero.- Ordenar el inicio de la etapa de investigación en el presente expediente, teniendo en consideración lo*



siguiente: (i) En base a los hechos narrados en la denuncia y las explicaciones de los denunciados, conforme se ha expuesto en considerandos, se considera como presunto responsable a Hans Schuback. (ii) Las conductas objeto de investigación son presuntas prácticas desleales de violación del secreto empresarial, al haber el presunto denunciado revelado supuestos secretos empresariales de la denunciante, MAQHENSA, a terceras personas, conforme se expone en considerandos. (iii) Se motiva el inicio de la investigación en el presente caso, puesto que de los hechos denunciados, existen indicios del cometimiento de actos de violación de secreto empresarial por parte del investigado, conforme se expone en considerandos. Durante el presente procedimiento se determinará si existe una afectación al mercado general y a los derechos de los consumidores y usuarios, según manda la LORCPM. (iv) Que el plazo de duración de la presente investigación no podrá exceder de ciento ochenta (180) días, contados a partir de la emisión de esta resolución. Segundo. Desestimar la denuncia en lo relativo a las prácticas cometidas con anterioridad a la vigencia de la LORCPM y a las personas que no han sido claramente vinculadas con las prácticas desleales denunciadas, al considerarse satisfactorias las explicaciones presentadas por INCHPAC, Carlos Cruz, TECMOCRUZ, SIDEL y SI GROUP, y por considerarse no que no hay mérito para la prosecución de la investigación respecto a Jo señalado. Esto sin perjuicio de la posibilidad de ampliación de esta resolución en los términos del artículo 66 de la LORCPM". (fs. 4240 a 4254). **TRES.-** Atendiendo el Recurso de Reposición de 13 de enero de 2015 planteado por Maqhensa Representaciones S.A., la IIPD el 14 de marzo de 2014 resuelve: "Primero.- Admitir parcialmente el recurso de reposición interpuesto por MAQHENSA y reformar los parámetros de inicio de investigación en los siguientes términos: (i) Se considera como presuntos responsables a Hans Schuback, Cecilia Prieto, Colín Armstrong, AGRIPAC S.A. e INCHPAC S.A. (ii) Las conductas objeto de investigación son: presuntas prácticas desleales de violación de secreto empresarial, al supuestamente haberse revelado secretos empresariales de la denunciante a terceras personas, cometidas por Hans Schuback; presuntas prácticas desleales de inducción a la terminación regular de los contratos de MAQHENSA con ASHLAND, CLEAVER BROOKS, HONEYWELL, SI GROUP y determinados trabajadores de la compañía, mediante supuestas interferencias en las mencionadas relaciones contractuales, cometidas presuntamente por Hans Schuback, Colin Armstrong, Cecilia Prieto y AGRIPAC; presuntas prácticas desleales de aprovechamiento de la inducción a la terminación contractual ajena al haberse mantenido negociaciones con los proveedores SI GROUP, HONEYWELL y CLEAVER BROOKS, así como con ex funcionarios de la denunciada, beneficiándose de la supuesta inducción a la terminación contractual a la que fueron inducidos, cometidas presuntamente por INCHPAC; presuntas prácticas de desorganización realizadas por Hans Schuback, Colin Armstrong, Cecilia Prieto, AGRIPAC e INCHPAC; presuntas prácticas de

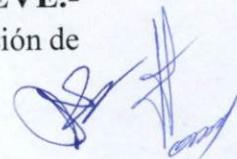
denigración realizada por Hans Schuback y Cecilia Prieto; y presuntas prácticas de explotación de la reputación ajena realizada por Hans Schuback, Cecilia Prieto, Colin Armstrong e INCHPAC. Cabe indicar que esta Autoridad sólo aplica la LORCPM, a las conductas anticompetitivas que, de demostrarse, hayan ocurrido en vigencia de LORCPM. (iii) La característica de los bienes o servicios objeto de las presuntas conductas son los servicios de representación de proveedores extranjeros en el mercado nacional para la comercialización, distribución e instalación de suministros de industria como calderos y químicos. El tiempo de duración de las conductas investigadas va desde octubre de 2011 hasta la presente fecha, período en el cual presuntamente existen situaciones relacionadas con las conductas a ser investigadas. Se tiene en cuenta que dichas prácticas pudieron haberse iniciado en una fecha anterior, sin embargo, esta Autoridad tiene competencia para conocerlas sólo a partir de la entrada en vigencia de la LORCPM. (v) Se motiva el inicio de la investigación en el presente caso, puesto que de los hechos denunciados, existen indicios del cometimiento de actos de violación de secreto empresarial, inducción a la terminación regular de los contratos de un competidor y aprovechamiento de la inducción a la terminación contractual ajena por parte de los investigados, conforme se expone en los considerandos. Así mismo, el denunciante ha relacionado presuntas conductas de desorganización, denigración y aprovechamiento de la reputación ajena con las anteriores. Durante el presente procedimiento se determinará si existe una afectación al mercado general y a los derechos de los consumidores y usuarios, según manda la LORCPM. (vi) Que el plazo de duración de la presente investigación no podrá exceder de ciento ochenta (180) días, contado a partir de la emisión de la Resolución de Inicio de Investigación de 10 de diciembre de 2013, las 16h00. (...)” (fs. 4496 a 4504). **CUATRO.-** El 15 de marzo de 2014 la IIPD resuelve: “Primero.- Declarar ineficaces para obrar como prueba en el presente expediente los peritajes de Enrique Ferruzola, de Mayra Arias y Laura Ureta por haber sido declarados ilegales e inconstitucionales en Sentencia ejecutoriada, del 09 de diciembre de 2013, dictada por la Primera Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro de la causa número 09121-2012-0538, mediante la cual se ratifica el Auto de Sobreseimiento Definitivo, del 20 de septiembre de 2013, dictado por la Jueza Octava de Garantías Penales del Guayas, Dra. Luisa Tanya Macías Burgos, a favor de los señores Hans Schuback W., y Cecilia Isabel Prieto V., emitido dentro de la causa número 092286-2013-0228 iniciada por MAQHENSA REPRESENTACIONES SA, a través de su representante legal señor Paul Sonnenholzer, por el supuesto cometimiento del delito de divulgación de secretos industriales, secretos comerciales o información confidencial tipificado en el artículo 320 de la Ley de Propiedad Intelectual, sin perjuicio de la obligación de esta Autoridad de buscar los elementos de convicción necesarios dentro del presente expediente”



(fs. 4506 a 4511). **CINCO.-** El 06 de junio de 2014 a las 12h00, la IIPD resuelve; *“Primero. Ampliar el plazo de duración de la presente investigación por una sola vez, por hasta ciento ochenta (180) días adicionales, a contarse a partir de la finalización del plazo inicial de duración de la presente investigación”* (fs. 4779). **SEIS.-** A causa de la interposición del Recurso de Apelación planteado por Inchpac S.A., y de Maqhensa S.A., en contra de las providencias de 14 y 15 de marzo de 2014 expedidas por la IIPD, el Superintendente de Control del Poder de Mercado con fecha 06 de junio de 2014 resolvió: *“Primero: Se inadmite el recurso vertical de apelación interpuesto por la administrada INCHPAC S.A., a la providencia del 14 de marzo del 2014, por ser improcedente. Segundo: Se acepta el recurso de apelación interpuesto por la administrada MAQHENSA a la providencia del 15 de marzo del 2014, por haber sido fundado en la existencia de la violación al principio de legalidad procesal, haber constancia procesal irrefutable que el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, Abg. David Enrique Echeverría Pinto, valoró parcialmente, en forma ilegal y arbitraria, la prueba sin estar facultado legalmente para ello, por indebida motivación y que dicha valoración prematura puede influir en la decisión final de la causa; por lo que se declara la nulidad del proceso desde e incluida la providencia de 15 de marzo del 2014, excepto todos los documentos públicos legalmente obtenidos y los escritos que contienen los recursos objeto de esta providencia, a cargo del Intendente investigador, Abg. David Enrique Echeverría Pinto; Tercero: El órgano investigador debe aplicar la debida diligencia en la gestión del proceso sustanciándolo, en lo fundamental, de acuerdo al Reglamento sobre Arreglo de Procesos y Actuaciones Judiciales, a fin de que el proceso tenga coherencia y enlace lógico, evitando actuaciones aisladas (...)”*(fs. 5053 a 5058). **SIETE.-** A causa de la interposición del Recurso de Apelación planteado por Maqhensa Representaciones S.A. y del señor Hans Schuback, en contra de la providencia de 14 de marzo de 2014 expedidas por la IIPD, el Superintendente de Control del Poder de Mercado con fecha 04 de julio de 2014 resolvió: *“Primero.- Se acepta el recurso de apelación interpuesto por la denunciante MAQHENSA a la providencia del 14 de marzo del 2014, se la revoca y se la deja sin efecto jurídico alguno y se dispone al Intendente proceda conforme a lo dispuesto en la LORCPM, el RLORCPM y las leyes conexas a resolver el recurso de reposición interpuesto conforme a derecho. (...) Segundo.- Se rechaza el recurso de apelación planteado por el señor HANS H. SCHUBACK a la providencia de 14 de marzo del 2014 emitido por el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales mediante la cual acepta en forma parcial el recurso de reposición, por improcedente; Tercero.- Se rechaza la aclaración solicitada por MAQHENSA a la resolución emitida por esta Superintendencia el día 6 de julio del 2014, por*



*improcedente; **Cuarto.**- Se rechaza la petición de aclaración y ampliación hecha por el señor HANS H. SCHUBACK a la resolución emitida por esta Autoridad jerárquica el día 6 de junio del 2014, por improcedente; **Quinto.**- Bajo prevenciones, el órgano investigador debe aplicar la debida diligencia en la gestión del proceso y sustanciarlo, en lo fundamental, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 46 de la Ley Orgánica de Control del Poder del Mercado y del Reglamento sobre Arreglo de Procesos y Actuaciones Judiciales, a fin de que el proceso tenga coherencia y enlace lógico, evitando actuaciones aisladas y discrecionales” (fs. 5059 a 5065). **OCHO.**- El 18 de septiembre de 2014 y en cumplimiento a lo dispuesto por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, la IIPD resolvió: “(...) se acepta el recurso de reposición presentado por MAQHENSA REPRESENTACIONES S.A. con fecha 13 de enero de 2014, se revoca la resolución de inicio de investigación de 10 de diciembre de 2014, y en su lugar se emite la siguiente resolución de inicio de investigación de conformidad a los siguientes parámetros: (i) Se considera como presuntos responsables a Hans Schuback Weischach, Colin Armstrong Wilson, Cecilia Prieto Vega, Carlos Cruz Aragundi, las compañías locales AGRIPAC, INCHPAC y TECMOCRUZ, los proveedores internacionales CLEAVER-BROOK, SI GROUP, ASHLAND, HONEYWELL, SIDEL y sus funcionarios John C. Patterson, Kristine Baine, Sergio Rapoport, Floris vanEyndhoven, Sergio García, Alejandro Ramírez, Paco Paratore, Michael Calicchio y Juste Bertrand, cuyo grado de responsabilidad y participación respecto de las distintas prácticas desleales denunciadas será dilucidado dentro de la presente investigación. (ii) Las conductas objeto de investigación son: presuntas prácticas desleales de violación de secreto empresarial, al supuestamente haberse revelado secretos empresariales de la denunciante a terceras personas, cometidas por Hans Schuback; presuntas prácticas desleales de inducción a la terminación regular de los contratos de MAQHENSA con ASHLAND, CLEAVER-BROOK, HONEYWELL, SI GROUP y determinados trabajadores de la compañía (...). (v) Tiempo de duración de las conductas investigadas va desde octubre de 2011 hasta la presente fecha (...) (vii) Que el plazo de duración de la presente investigación no podrá exceder de ciento ochenta (180) días, contados a partir de la emisión de la presente resolución mediante la cual se inicia la investigación a los operadores señalados en la presente resolución, y revoca la resolución de 10 de diciembre de 2013 (...); Excluir dentro del presente expediente y a partir de la providencia de 15 de marzo de 2014 inclusive, toda la documentación declarada nula según resolución de fecha 6 de junio de 2014 (...); Revocar la providencia de 6 de junio de 2014 expedida por esta Intendencia” (fs. 5047 a 5051). **NUEVE.**- Con fecha 13 de marzo de 2015 el Director Nacional de Estudios e Investigación de*



Prácticas Desleales, presentó el Informe Jurídico Económico de Resultados de la investigación del caso No. SCPM-IIPD-2013-026, dentro del cual y luego de las conclusiones realizadas recomendó: “(...) la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, carece de competencia para conocer aquellas prácticas desleales que no generen una afectación general al mercado o a los derechos de los consumidores o usuarios en forma general, es decir aquellos actos que afecten exclusivamente intereses particulares (...). Una investigación por prácticas desleales que se lleva a cabo en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, tiene como finalidad el que se restablezca el orden concurrencial en el mercado, salvaguardando el interés general el bienestar de los consumidores o usuarios, pero en ningún caso busca satisfacer intereses particulares en conflicto. (...) esta Dirección recomienda al Intendente prorrogar el tiempo de investigación en virtud de la necesidad de contar con elementos profundos económicos y jurídicos de convicción, que permitan establecer efectivamente una posible afectación al mercado relevante investigado dentro de este proceso (...)” (fs. 10015 a 10042). **DIEZ.-** El 18 de marzo de 2015, la IIPD resolvió: “(...) no existiendo mérito para formular cargos en el presente procedimiento de investigación y de conformidad con los Art. 25, 26, y 27 de la LORCPM, no se configuran los elementos necesarios para determinar el cometimiento de las infracciones denunciadas, motivo por el que en atención al artículo 57 de la LORCPM, se ordena el archivo del expediente. Esto sin perjuicio de las acciones que puede emprender la denunciante ante las autoridades competentes para reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios a los que haya lugar” (fs. 10067-10082). **ONCE.-** Atendiendo el recurso de reposición presentado por el operador económico Maqhensa Representaciones S.A., la IIPD con fecha 16 de junio de 2015 resolvió: “**Primero.-** Aceptar el recurso de reposición interpuesto por el operador económico REPRESENTACIONES MAQHENSA S.A. (sic), de fecha 17 de abril de 2015, con la finalidad de investigar y tener fundamentos más amplios para resolver. **Segundo.-** Dejar sin efecto la resolución de 18 de marzo de 2015, las 16h11, mediante la cual se resuelve el archivo del expediente SCPM-IIPD-2013-026. **Tercero.-** De conformidad con el Art. 56 de la LORCPM, Art. 62 del RLORCPM y el Art. 5 literal b del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se prorroga el plazo de investigación por ciento ochenta (180) días a partir de la resolución de 18 de marzo de 2015, las 16h11”.

Una vez establecida la actuación procesal del órgano de investigación es imperativo recordar que la Constitución de la República del Ecuador consagra como precepto constitucional la protección y tutela de los derechos subjetivos, así lo prescribe el Art. 75 que dice: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión (...)”; en concordancia con lo prescrito en el Art. 76 del mismo cuerpo legal que manifiesta: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se



asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. *Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes*". Tutelando este principio constitucional y de las constancias procesales anotadas se puede verificar que en el expediente administrativo se han presentado varios incidentes que han ocasionado el retardo de la investigación, sin embargo luego del análisis del proceso y trazando una línea de tiempo podemos establecer: **a)** El 10 de diciembre de 2013 la IIPD dispone el inicio de la fase de investigación de las conductas denunciadas por el operador económico MAQHENSA REPRESENTACIONES S.A., delimitando la investigación a la presunta violación de secreto empresarial y como presunto responsable se considera al señor Hans Schuback, estableciendo que la duración de la investigación no podrá exceder de ciento ochenta (180) días, esto de conformidad a lo prescrito en el Art. 62 inciso primero de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) que dice: *"Resolución de inicio de investigación.- Vencido el término para que el presunto o presuntos responsables presenten explicaciones, si el órgano de investigación estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en la Ley, emitirá, en el término de diez (10) días, una resolución debidamente motivada en la que dará por iniciada la etapa de investigación y establecerá su plazo de duración que no podrá exceder de ciento ochenta (180) días, prorrogables hasta por ciento ochenta (180) días adicionales por una sola vez."* **b)** Con fecha 06 de junio de 2014, la IIPD dispone prorrogar el plazo de investigación por ciento ochenta (180) días adicionales, tal como lo faculta el referido Art. 62 de la LORCPM. **c)** Atendiendo lo dispuesto por el Superintendente de Control del Poder de Mercado en las resoluciones de 06 de junio y 04 de julio de 2015, la IIPD expide la providencia de 18 de septiembre de 2014, en la que dispone revocar la providencia de inicio de investigación de 10 de diciembre de 2014. El efecto jurídico que se ocasiona es la invalidación de lo actuado desde la etapa procesal que se ha revocado, retrotrayendo el expediente a la etapa de inicio de investigación; puesto que la revocatoria constituye una figura jurídica de derecho administrativo mediante la cual el órgano administrativo se encuentra facultado para dejar sin efectos jurídicos los actos administrativos expedidos por la máxima autoridad o sus inferiores invalidándolo en su totalidad. A este respecto el Dr. Alberto Arango Mantilla en su ponencia en la sentencia del 20 de mayo de 2004, Sección Segunda expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de Bogotá refiere: *"Es de recordar que un acto administrativo se extingue cuando cesa en forma definitiva sus efectos, esto es, porque desaparece del ordenamiento jurídico. Esto bien puede acontecer cuando, por ejemplo, es derogado o revocado por la misma autoridad que lo produce, o anulado por el juez contencioso, o por decisión de un órgano diferente pero competente para ello (...). Como se sabe, la revocación directa del acto administrativo es una potestad legal otorgada a una autoridad para hacer desaparecer de la vida jurídica las decisiones que ella misma ha expedido, bien sea por razones de legalidad o por motivos de mérito (causales). Son razones de legalidad cuando constituye un juicio estrictamente lógico jurídico, esto es, cuando se hace una confrontación normativa, porque infringe el orden preestablecido que constituye el principio de legalidad"*<sup>1</sup>. De igual forma el administrativista Jesús Gonzáles Pérez, menciona: "(...)

<sup>1</sup> Sentencia del 20 de mayo de 2004, Sección Segunda, con ponencia del doctor Alberto Arango Mantilla, radicación 5618-02, Consejo de Estado de Bogotá, Sala de lo Contencioso Administrativo.



*Además de lo ya señalado, cabe destacar que la revocación cuando obedece a razones de oportunidad, mérito, etcétera tiene carácter constitutivo, ex tunc, o sea sus efectos rigen a partir de la fecha de la revocación y la revocación fundada en razones de legalidad tiene carácter declarativo, con efecto ex nunc, es decir, sus efectos rigen desde la fecha de emisión del acto administrativo revocado”.<sup>2</sup> Así lo faculta el último inciso del Art. 65 de la LORCPM que dice; “(...) El Superintendente podrá revocar en cualquier momento sus actos o los actos emitidos por órganos inferiores, de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico”. **d)** Con fecha 18 de marzo de 2015, y sin considerar las recomendaciones emitidas por el Director Nacional de Estudios e Investigación de Prácticas Desleales, el 13 de marzo de 2015 en su Informe Jurídico Económico de Resultados de la investigación del caso No. SCPM-IIPD-2013-026, la IIPD con fecha 18 de marzo de 2015 resuelve archivar el proceso por cuanto determina que las conductas denunciadas fueron anteriores al 13 de octubre de 2011, es decir anteriores a la promulgación de la LORCPM; que se ha desvirtuado la conducta desleal de violación de secreto empresarial y finalmente que Inchpac S.A. y Maquensa Representaciones S.A. no son competidores directos. **e)** Ante la interposición del recurso de reposición por parte del operador económico Maquensa Representaciones S.A. en contra de la resolución de 18 de marzo de 2015, la IIPD con fecha 16 de junio de 2015, resuelve dejar sin efecto la resolución de 18 de marzo de 2015 que dispuso el archivo de la causa, por cuanto la ley que rige a esta institución tiene como objetivo primordial tutelar las conductas de los operadores económicos a fin de cuidar una competencia justa en beneficio de todo el colectivo; de manera específica lo prescribe el Art. 1 de la LORCPM que dice; “Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”. Debemos tomar en cuenta dos errores procesales: 1.- De lo actuado en el considerando tercero la IIPD dispone “De conformidad con el Art. 56 de la LORCPM, Art. 62 del RLORCPM y el Art. 5 literal b del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se prorroga el plazo de investigación por ciento ochenta (180) días a partir de la resolución de 18 de marzo de 2015, las 16h11” El Art. 5 literal b ) del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, refiere “b) Si la denuncia no cumple con los requisitos del artículo 54 de LORCPM se notificará al denunciante para que en el término de tres (3) días la aclare o complete, esto se efectuará en la fase de barrido, si no lo hiciere en dicho término se archivará la denuncia sin más trámite, informando del archivo a la Coordinación General de Planificación, con el respectivo medio de verificación; y, en caso de ser aclarada o completada se continuará el procedimiento establecido en el literal anterior”, por tanto existe una errónea*

<sup>2</sup> GONZÁLES PÉREZ Jesús, Derecho Procesal Administrativo, Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor de Nuestra Sra. Del Rosario, Bogotá



aplicación del instructivo invocado, ya que la ampliación del plazo de investigación se encuentra establecido en el Art. 5 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, literal a) que en su parte pertinente dice: “(...)La fase de investigación concluirá con la elaboración de un informe de resultados emitido por el Director correspondiente en el término de quince (15) días que discurrirá dentro del referido término de ciento ochenta (180) días, el cual se deberá entregar al Intendente, dando inicio a la fase cuatro (4) denominada de sustanciación, informando del cambio de fase a la Coordinación General de Planificación, con el respectivo medio de verificación”, así lo dispuso el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, en su sentencia de 8 de julio de 1999, que dice: “La Aplicación Indebida tiene lugar cuando la norma legal es clara, como en el caso anterior, pero ocurre por uno de estos motivos: 1o. porque se aplica a un hecho debidamente probado, cuestión que el tribunal reconoce y el recurrente no discute en ese cargo, pero no regulado por esa norma (...)”<sup>3</sup>, en este sentido el Dr. Omar Alfredo Mora Díaz, en su ponencia en la sentencia de 17 de mayo de 2001, emitida por el Tribunal Supremo de Venezuela, Sala de Casación Social y Accidental establece: “La falsa aplicación es un vicio que consiste en la aplicación efectiva de una norma jurídica que ha realizado el Juez, a una situación de hecho que no es la que ésta contempla. En este sentido, la doctrina nacional nos señala: (...) la falsa aplicación de la ley viene a ser una violación que consiste en una incorrecta elección de la norma jurídica aplicable (...)”. (José Gabriel Sarmiento Núñez. Casación Civil; pág. 130)”<sup>4</sup>; y, 2.- Además de lo expuesto se debe establecer que, al momento que se dispuso “dejar sin efecto la resolución de 18 de marzo de 2015, las 16h11”, se revocó la resolución de archivo por lo que el estado procesal se retrotrae al día efectivo en que se emitió el acto que se ha dejado sin efecto, sin embargo la disposición rige para lo venidero, es decir no es posible emitir un acto administrativo con efecto retroactivo como se dispuso en el considerando tercero de la parte resolutive del acto administrativo de 16 de junio de 2015 al manifestar “(...) se prorroga el plazo de la investigación por ciento ochenta (180) días a partir de la resolución de 18 de marzo de 2015, las 16h11”, ya que al considerar un tiempo anterior se emitió una orden imposible de cumplir, afectando directamente el plazo establecido en la ley y normativa aplicable, violentando el debido proceso y seguridad jurídica, mermando consecuentemente el derecho a la defensa y oportunidad de ser escuchado en momento oportuno de las partes, en doctrina el Dr. Libardo Orlando Riascos Gómez, en su Ensayo Jurídico de Derecho Administrativo manifiesta: “Sin perjuicio de profundizar al respecto veamos como el profesor DIEZ, al explicar el contenido del principio de la no retroactividad del acto administrativo, enseña que no debe confundirse aquel principio con la intangibilidad de los efectos individuales de los actos jurídicos, puesto que el principio implica una interdicción para los órganos administrativos de afectar, aún para el futuro, los derechos adquiridos, mientras que el principio de la no retroactividad comporta la imposibilidad de que la administración de a sus decisiones un carácter retroactivo. Vale decir, que uno de los principios se refiere únicamente al pasado, mientras que el otro concierne también

<sup>3</sup> SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVII. No. 1. Pág. 271. (Quito, 8 de julio de 1999)

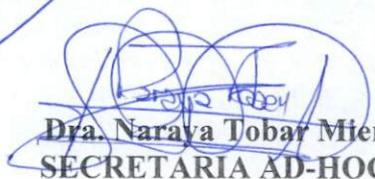
<sup>4</sup> Dr. Omar Alfredo Mora Díaz, ponencia en la sentencia de 17 de mayo de 2001, Tribunal Supremo de Venezuela, Sala de Casación Social y Accidental.

al futuro"<sup>5</sup>.- ; y, **f)** La actuación procesal llevada a cabo por la IIPD en el período comprendido entre el 18 de septiembre de 2014 (en el que empezaría a decurrir los 180 días previstos para la investigación), hasta el 16 de junio de 2015 (plazo en el que dispuso la prórroga para realizar la labor investigativa), no se evidencia que se haya actuado diligentemente para actuar prueba por parte del órgano de investigación, tanto más cuanto que, la carga de la prueba corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, así lo establece el Art. 48 de la LORCPM ya referido: "(...) La carga de la prueba corresponderá a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin perjuicio de las pruebas aportadas por el denunciante y el denunciado (...)", en el expediente se evidencia que la Intendencia no ha cumplido con el principio fundamental del proceso, el cual es investigar a fin de cumplir con el mandato legal de la carga de la prueba, de lo contrario se está inobservando la naturaleza del expediente, verificar los hechos y determinar la responsabilidad de los presuntos procesados. **OCTAVO.- RESOLUCIÓN.-** Por todo lo expuesto, amparado en las disposiciones del Art. 44, numeral 2 y Art. 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad. **RESUELVE: Primero.-** NEGAR el recurso de apelación planteado por Hans Hinrich Schuback Weichschach por sus propios y personales derechos con sustento en las consideraciones legales y procesales enunciadas,; **Segundo.-** Revocar las resoluciones de 18 de marzo y 16 de junio de 2015, retrotrayendo el estado procesal anterior a la resolución de 18 de marzo de 2015, dejando sin efecto todo lo actuado a partir de fojas 1067 (inclusive), hasta la presente fecha, se deja salvo todos los instrumentos públicos que se encuentren incorporados. **Tercero.-** De la tramitación del expediente se ha observado falta de diligencia de los señores Intendentes de Prácticas Desleales que actuaron en su momento, esto es: Abg. Javier Freire Núñez y Abg. Renato Delgado Merchán, en tal sentido póngase en conocimiento de lo actuado a la Dirección de Talento Humano a fin de que proceda con la investigación correspondiente. **Cuarto.-** Por cuanto el expediente original No. SCPM-IIPD-2013-026, se ha remitido al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No.1, remítase las copias certificadas del expediente al órgano de investigación y póngase en su conocimiento la Resolución que se provee a fin de que de estricto cumplimiento a lo dispuesto.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



Pedro Páez Pérez

**SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO**



Dra. Naraya Tobar Mier  
**SECRETARIA AD-HOC**

---

5Dr. Libardo Orlando Riascos Gómez, en su Ensayo Jurídico De Derecho Administrativo Teoría General del Acto Administrativo: el perfeccionamiento, la Existencia, La validez y la eficacia del acto desde la perspectiva de la nulidad, La revocatoria y la suspensión de los efectos jurídicos