

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales
- **Expediente IIPD:** SCPM-IIPD-2013-026
- **Expediente Apelación:** SCPM-IIPD-2013-026-A-10-2016-DS
- **Denunciante:** MAQHENSA REPRESENTACIONES S.A.
- **Denunciados:** Hans Hinrich Schuback Weichschach y otros.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 08 de septiembre de 2016, a las 16h30.- **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: 1) Escrito presentado por el operador económico SIDEL BLOWING SERVICES S.A., recibido el 17 de agosto de 2016, por tanto téngase por ratificada la intervención de la Ab. Paula Donoso en la audiencia pública efectuada el 11 de agosto de 2016. 2) Escrito presentado por el operador económico INCHPAC recibido el 19 de agosto de 2016, lo cual será tomado en cuenta de ser procedente. 3) Escrito presentado por el operador económico MAQHENSA recibido el 1 de septiembre de 2016, lo cual será tomado en cuenta de ser procedente. **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 MAQHENSA ha presentado Recurso de Apelación el 17 de mayo de 2016, en contra del acto administrativo de 18 de abril de 2016, 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*



termino 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 el expedido con fecha 18 de abril de 2016, por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales (IIPD), en que se dispone: "(...) **Segundo.- Acoger el Informe Jurídico y Económico en relación a las conductas investigadas en el expediente SCPM-IIPD-2013-026, presentado por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, de conformidad con el contenido del presente informe de resultados. Tercero.-** No existiendo mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, y de conformidad con lo previsto en el artículo 57 de la LORCPM, se ordena el archivo del presente expediente (...)" **SEXTO.- ARGUMENTACIONES Y PRETENSIONES DEL RECURRENTE.-** En el escrito de apelación presentado por el operador económico MAQHENSA, de 17 de mayo de 2016, señala como fundamento de la apelación presentada, entre otros aspectos, los siguientes: Que los actos de "Denigración", "Explotación de Reputación Ajena", de "Violación de Secretos Empresariales", "Actos de Inducción a la Infracción Contractual" y "Aprovechamiento de la Infracción Contractual Ajena" están probados con los documentos que se señalan más adelante. b) Que cuatro (4) compañías extranjeras Cleaver- Brooks, Si Grup, Ashland y Sidel Blowin que eran representadas por MAQHENSA decidieron dar por terminada la representación por razones completamente ajenas a la falta de eficiencia económica. c) Que la Compañía "SIDEL" ya no comercializa productos en el Ecuador que lo venia haciendo a través de MAQHENSA desde 1 de enero de 2006, lo que ocasiona un perjuicio a los usuarios y consumidores de productos elaborados por SIDEL que tienen que adquirir el producto en el extranjero. d) Que como sustento para burlar la ley, Schuback y su compañía INCHPAC, se escudan en una decisión judicial a la que solamente ellos llaman "sentencia" cuando en realidad no lo es y cuyo contenido interpretan de manera " sui generis" pues refiriéndose aquella a un delito en específico (divulgación, adquisición y utilización de secretos comerciales) lo extienden a todas las prácticas desleales que en este proceso administrativo se investigan, a saber: inducción a la infracción contractual, violación de secreto empresarial, denigración, explotación de reputación ajena, aprovechamiento de la infracción contractual ajena, y lo que causa aún mayor estupor es que dicha decisión judicial, dictada en un proceso penal seguido en contra de Schuback, cuyo alcance y efectos se limitan a dicho proceso, la interpretan y pretenden hacer valer de manera extensiva, intentando que de ella se beneficien todos los demás denunciados, sin haber sido investigados siquiera. e) En presente caso se argumenta que Schuback jamás fue "juzgado" penalmente pues la etapa de juzgamiento o, dicho propiamente, la audiencia de juzgamiento en su contra no se realizó, y, por tanto, jamás se dictó sentencia, sino un auto de sobreseimiento. Por lo tanto es falso que se haya dictado una "sentencia" absolutoria a favor de Schuback. f) Que equivocadamente la IIPD considera que las pruebas de prácticas desleales aportadas por MAQHENSA, se habían cometido desde marzo de 2011 hasta antes de la vigencia de la LORCPM. g) La IIPD, desconoció la competencia de la SCPM para conocer las conductas desleales que se iniciaron antes de la vigencia de la ley y esa conducta continuó,

durante la vigencia de la misma inobservando de esta manera pronunciamientos en contrario de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI) emitidas el 11 de abril de 2016 y Resolución No SCPM-CRPI- 20015 -072. **h)** Que la IIPD se arrogó funciones que le competen privativamente a la CRPI por cuanto habiendo determinado la existencia de indicios sobre cometimiento de prácticas desleales de "Inducción a la Infracción Contractual" y "Aprovechamiento de Infracción Contractual Ajena" la IIPD carecía de competencia para resolver sobre la existencia o no de la infracción. **e)** Confundió los hechos denunciados por MAQHENSA para dejar en la impunidad la actuación de los operadores económicos extranjeros CLEVAER-BROOKS, HONEYWELL Y ASHLAND en determinados mercados relevantes ecuatorianos al manifestar que tales operadores económicos "no pueden ser inducidos a la terminación contractual de sus contratos de representación; y, a la vez, ser quienes inducen a la misma" que eso no fue lo que denunció MAQHENSA. **f)** Que la IIPD valoró pruebas de manera inoportuna por cuanto ésta valoración solo puede efectuarse en el "Informe Final" que se expide al concluir la etapa probatoria, inobservando la normativa interna expedida por el Superintendente. **g)** Ató erróneamente su criterio de valoración de prueba a la valoración que una Juez de lo Penal hizo de ellas en un juicio penal en que se discutía un asunto distinto, desobedeciendo lo resuelto por la Corte Constitucional, en sentencia dictada el 28 de octubre de 2014 dentro de una Acción de Protección promovida por los presuntos responsables en contra de la SCPM que en la parte pertinente dice: "(...) A fojas 16-29 obra de autos copias notariadas de las notificaciones de las sentencias de 27 de septiembre del 2013, las 16h00 dictada por la JUEZA DE LA UNIDAD PENAL NORTE 2 DE GUAYAQUIL; así como de la sentencia dictada por la PRIMERA SALA DE LO PENAL, COLUSORIOS Y TRANSITO, de 9 de diciembre de 2013, las 10h44, que de manera alguna resultan vinculantes con el expediente administrativo materia de la presente acción, hecho que no permite advertir al juzgador violación de derecho constitucional alguno (...)" **h)** No aplicó el criterio adoptado por la SCPM en cuanto a que, en materia de prácticas desleales, el operador económico responsable será sancionado por el sólo hecho de haberlas cometido más allá de las intenciones o los efectos en el mercado. **i)** Desconoció que conforme lo expuesto en el párrafo anterior respecto a la irrelevancia de los efectos negativos en el mercado determinó erróneamente que las prácticas desleales denunciadas por MAQHENSA no afectaron negativamente al interés general o a los derechos de los consumidores y usuarios sin considerar los indicios razonables recopilados a lo largo de la investigación, que, naturalmente, nos llevan a inferir lo contrario. **j)** No consideró que la empresa "SIDEL" con domicilio en Suiza se encontró en la obligación de terminar la distribución en el país de sus productos que era realizada por MAQHENSA afectando a los consumidores que se ven en la obligación de obtener éstos productos en el exterior. **k)** No consideró que varios operadores económicos cuyos productos eran distribuidos en el Ecuador por MAQHENSA desde hace varios años, pasaron a designar un agente con domicilio fuera del Ecuador para que continuara distribuyendo sus productos en el país, tal fue el caso de ASHLAND, SI GRUP y HONEYWELL (ARKEMA). **l)** La IIPD determinó de manera incorrecta el mercado relevante pues no hizo una segmentación adecuada del mismo considerando para su determinación un concepto amplísimo como el de los "servicios de representación comercial" lo que llevó a una errónea conclusión de la poca participación en tal mercado



de MAQUHNSA e INCHPAC. **SEPTIMO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSION.**- Atendiendo el Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico MAQUHNSA 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 MAQUHNSA REPRESENTACIONES S.A., presentó una denuncia ante el Superintendente de Control del Poder de Mercado en contra de: Sr. Hans Hinrich Schuback Weichschach; Sra. Cecilia Isabel Prieto Vega; Sr. Colin Robert Armstrong Wilson; INCHPAC S.A., compañía ecuatoriana representada por el señor Hans Hinrich Schuback 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"); SCHINECTADY 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. Cole ("HONEYWELL"); ASHLAND INC., compañía estadounidense representada por el señor Jim O'Brien ("ASHLAND"); SIDEL GROUP, compañía francesa representada por el señor Mari Tüsmann ("SIDEL"); Sr. Carlos Iván Cruz Aranguí, 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 Aranguí ("TECMOCRUZ"); Sr. Joan 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 vanLyndhaven, por sus propios y personales derechos, Global 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 Parafere, 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 (IPI) 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, MAQUHNSA, 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 INCIPAC, Carlos Cruz, TECMOCRUZ, SIDEL y SI GROUP, y por considerarse que no hay mérito para la prosecución de la investigación respecto a lo 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 Maquensa Representaciones S.A., la IIDP el 14 de marzo de 2014 resuelve: "Primero.- Admitir parcialmente el recurso de reposición interpuesto por MAQUENSA y reformar los parámetros de inicio de investigación en los siguientes términos: (i) Se considera como presuntos responsables a Hans Schuback, Cecilia Prieto, Colin Armstrong, AGRIPAC S.A. e INCIPAC 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 MAQUENSA con ASHLAND, CLEAVER BROOKS, HONEYWELL, SI GROUP y determinados trabajadores de la compañía, mediante supuestas interferencias en las mencionadas relaciones laborales, 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 INCIPAC; presuntas prácticas de desorganización realizadas por Hans Schuback, Colin Armstrong, Cecilia Prieto, AGRIPAC e INCIPAC; presuntas prácticas de denigración realizadas por Hans Schuback y Cecilia Prieto; y presuntas prácticas de explotación de la reputación ajena realizada por Hans Schuback, Cecilia Prieto, Colin Armstrong e INCIPAC. 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 calderas 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. (iv) 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, 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, Cabecero y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro de la causa número 09221-2012-0538, mediante la cual se ratifica el Auto de Sobreseimiento Definitivo, del 26 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 Schlusback W., y Cecilia Isabel Prieto V., emitido dentro de la causa número 092286-2013-0228 iniciada por MAQHENSA REPRESENTACIONES S.A. 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 INCHIPAC 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 INCHIPAC 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 todas las documentas públicas 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 Regulación y Control del Poder de 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 (...). (vi) 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 37 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 Maquensa 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 MAQUENSA 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. 36 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". **DOCE.-** Escrito presentado por el señor Hans Schüßack de 13 de julio de 2015, mediante el cual interpuso un Recurso de Apelación contra la resolución emitida por la IIPD de fecha 16 de junio de 2015,*

resolución en la cual se aceptó el Recurso de Reposición y se amplió la investigación por 180 días. **TRECE.** Resolución de 14 de octubre de 2015, las 14h30, expedida por el Superintendente de Control de Poder de Mercado, mediante el cual resolvió, "Negar el recurso de apelación planteado por Ilav Schinback por sus propios y personales derechos con sustento en las consideraciones legales y procesales enunciadas. 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." **CATORCE.** Providencia de 21 de octubre de 2015, mediante la cual la IID, resolvió, "**Segundo.** En virtud de la revocatoria dispuesta por el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado a las resoluciones de esta Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales de 18 de marzo de 2015, que resuelve el archivo del expediente SCPM-IID-2013-026, y de 16 de junio de 2015, en la cual se aceptó el recurso de reposición presentado por MAQHENSA S.A., por lo cual se dejan sin efecto las resoluciones de 18 de marzo y 16 de junio de 2015. **Tercero.** De conformidad con el Art. 56 de la LORCPM, Art. 62 del RLORCPM y el Art. 5 literal a del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se **prorroga el plazo de investigación por hasta ciento ochenta (180) días a partir de la notificación con la presente providencia.**" **QUINCE.** Informe jurídico económico elaborado por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales de 18 de abril de 2016. **DIECISEIS.** Informe de Resultados de Investigación de 18 de abril de 2016, expedido por la IID, en la cual se dispone el archivo del proceso. 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 en el Art. 335, inciso segundo que dice "(...) El Estado (...), establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal". **Fin Art. 76.** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. 3. (...) Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) i) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho (...)" En este sentido la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (LORCPM), señala "Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema



económico social, solidario y sostenible." "Art. 25.- **Definición.**- Se considera desleal u 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. (...)" "Art. 26.- **Prohibición.**- Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos previstos en 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, falsen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios." (el subrayado me pertenece), "Art. 27.- **Prácticas Desleales.**- Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: 1.- Actos de confusión.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajenos. (...) 4.- Actos de denigración.- Se considera desleal la realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones u manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. (...) 6.- Explotación de la reputación ajena.- Se considera desleal el aprovechamiento indebito, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. 7.- Violación de secretos empresariales.- 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 (...). Se considera 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 (...). 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 del mercado u otras análogas. 9.- Violación de normas.- Se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o administrativos o del incumplimiento de una norma jurídica, como sería una infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida. La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes configura una práctica desleal cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa. 10.- **Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores.**- Se consideran prácticas desleales, entre otras: a) El aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor. b) El acoso por prácticas dirigidas al desgaste del consumidor. c) Dificultar la terminación del contrato por parte del usuario final al obligarle a seguir largos y/o complicados procedimientos. d) Amenazar con acciones legales cuando no exista base para las mismas. e) La suscripción de contratos de

adhesión que perjudiquen los derechos de los usuarios y consumidores, conforme manda la ley.(...)". El Reglamento para la Aplicación de la LORCPM, dispone, "La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios". De lo anotado se debe establecer que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se promulgó y publicó en el Registro Oficial suplemento 555, de 13 de octubre de 2011, que en su Disposición General Tercera dispone, "(...) Dichos procesos se tramitarán de conformidad con las normas sustantivas vigentes al tiempo del cometimiento de las presuntas infracciones sujetas a investigación (...)". de conformidad con lo expuesto la SCPM tiene competencia para conocer los actos que se verificaron cuando la LORCPM entró en vigencia y no antes de este hecho, por cuanto a la anterioridad de la publicación de la ley que rige la materia de competencia, existían entidades como la Subsecretaría de Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, la Superintendencia de Telecomunicaciones, la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual o inclusive la Comunidad Andina (CAN), que se encargaban de la regulación y control del Derecho de Competencia, consecuentemente así lo establece el informe de resultados de 18 de abril de 2016, expedido por la IIPD, que en las conclusiones manifiesta, " (...) se concluye que el presunto cometimiento de las prácticas desleales denunciadas por el operador económico MAQUENSA REPRESENTACIONES S.A. se habrían cometido con anterioridad a la publicación en el Registro Oficial de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado esto es, son anteriores al 13 de octubre de 2011 (...) No obstante, lo señalado en el artículo anterior, de la investigación de las presuntas conductas desleales posteriores a la expedición de la LORCPM, no existen elementos de convicción que lleven a concluir a la Intendencia que se han perpetuado prácticas desleales con el operador económico MAQUENSA REPRESENTACIONES S.A., todo vez que la principal prueba aportada por el denunciante fue incorporada al expediente previa a ser calificada como inconstitucional e ilegal por parte de la justicia ordinaria (...). Con respecto a la valoración de los correos que fueron presentados como medio de prueba, se debe establecer que dichas piezas procesales no son vinculantes para resolver el tema investigado, por cuanto se debe considerar que sobre este mismo tema la Corte Constitucional en sentencia dictada el 28 de octubre de 2014 dentro de una Acción de Protección señaló puntualmente lo siguiente " (...) A fojas 16- 29 obra de autos copias notariadas de las notificaciones de la sentencia de 27 de septiembre del 2013, las 16h05 dictada por la JUEZA DE LA UNIDAD PENAL NOROCCIDENTAL DE GUAYAQUIL; así como de la sentencia dictada por la PRIMERA SALA DE LO PENAL, COLUSORIOS Y TRÁNSITO, De 9 de diciembre del 2013, las 16h44, que de manera alguna resultan vinculantes con el expediente administrativo materia de la presente acción, hecho que no permite advertir al juzgador violación de derecho constitucional alguno. Pretermitir que el juez garante de la Constitución, declare sentencias en ámbito penal vinculantes para la entidad pública accionada, y que obligatoriamente debe acatar las mismas,



evidencian la mala utilización de vía constitucional para el efecto.- Como ya se ha señalado no se ha demostrado violación alguna de derechos constitucionales...”: por tanto y de lo expuesto se verifica que la calificación realizada por un Juez de Justicia Ordinaria no es determinante para la autoridad administrativa, por cuanto el delito y la conducta, motivo de la investigación administrativa no están relacionados entre sí y la materia es diversa. Respecto de la determinación del mercado relevante, es meritorio puntualizar que la IIPD en su informe de resultados ha expuesto de forma amplia como se determinó el mercado, realizando un análisis económico, siendo este el organismo de investigación técnica legalmente facultado, esta autoridad considera que no hace falta ahondar en el pronunciamiento del órgano de investigación en cuanto al tema técnico que se encuentra claramente establecido. En cuanto a que la facultad investigativa de la IIPD concluyó a finalizar los términos conforme lo manda el artículo 62 del Reglamento a la LORCPM, se debe recordar que con fecha 14 de octubre de 2015, la máxima autoridad de la SCPM, expidió la resolución que atendió el recurso de apelación planteado por el señor Hans Hinrich Schuback Weichschach, en la que se resolvió lo siguiente, “*Revoca 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.*”, por tanto el tiempo de la investigación ha sufrido varios incidentes procesales por vicio de procedimiento, lo cual ha ocasionado retrotraer el expediente en el tiempo a la fecha anterior al vicio verificado. Finalmente se debe tener muy en claro que, la LORCPM de conformidad a lo establecido en el artículo 1, tiene por objeto “*(...) evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.*”; específicamente en materia de Prácticas Desleales el Art. 26 del mismo cuerpo legal prescribe, “**Art. 26.- Prohibición.-** *Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos previstos en 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, restringen, falsean o distorsionen la competencia, atentan contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.*”; y, el informe de resultados en la conclusión del mismo a determinado, “*7. La participación de las empresas MAQUINSA S.A. e INCIIPAC S.A. en las ventas registradas en el mercado relevante es de 1% para cada una, de lo cual se considera que las actuaciones de estas empresas en el mercado no tienen la capacidad de reducir el bienestar de los consumidores, restringir la competencia y afectar la eficiencia económica del mercado. (...) 11. Los datos estadísticos determinados en el análisis económico del mercado relevante evidencia que la relación MAQUINSA – INCIIPAC S.A no impidió, restringió, falseó o distorsionó la competencia, ni atentaron contra la eficiencia económica, y finalmente no afectó al bienestar general o a los derechos de los consumidores o usuarios del mercado relevante, por lo que se trata de un asunto de interés particular (...)*”, por tanto se evidencia que en las conductas materia de la investigación instaurada por la IIPD, han sido anteriores a la publicación de la LORCPM y sus efectos no han afectado la eficiencia en el mercado.

OCTAVO.- 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 el operador económico MAQHENSA REPRESENTACIONES, mediante escrito presentado el 17 de mayo de 2016 y en consecuencia ratificar el acto administrativo de 18 de abril de 2016, expedido por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales. **SEGUNDO.** Póngase en conocimiento de las partes y del órgano de investigación.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



Pedro Páez Pérez

SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO



Dra. Naraya Tobar Mier
SECRETARIA AD-HOC