



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
- **Órgano de origen:** INICPD
- **Expediente de origen:** SCPM-IGT-INICPD-028-2019
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-002-2021
- **Denunciante / Apelante:** INSERNIN C.A.
- **Denunciados:** EDWIN ELÍAS PITA VERA, propietario del establecimiento HOPU; y, JENNY PATRICIA USCA ALDAZ.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 17 de marzo de 2021, a las 16h15.- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada se encuentra agregada al expediente, en conocimiento del Recurso de Apelación presentado por el señor Hernán Javier Romero Sigcho en calidad de Gerente General y representante legal del operador económico INDUSTRIA DE SERVICIOS Y NEGOCIOS INMOBILIARIOS INSERNIN C.A. (INSERNIN C.A.), en contra de la Resolución de 30 de diciembre de 2020 emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales dentro del Expediente Administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-028-2019; en uso de mis facultades legales, dispongo:

PRIMERO.- VALIDEZ PROCESAL.-

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

SEGUNDO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-

El señor Hernán Javier Romero Sigcho en calidad de Gerente General y representante legal del operador económico INDUSTRIA DE SERVICIOS Y NEGOCIOS INMOBILIARIOS INSERNIN C.A. (INSERNIN C.A.), mediante escrito ingresado en la ventanilla de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado [en adelante SCPM], el 28 de enero de 2021, con número de trámite ID 183239, presenta recurso de apelación, en contra de la Resolución de 30 de diciembre de 2020 emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales dentro del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-028-2019.

Mediante providencia de 02 de febrero de 2021, a las 09h30, una vez que el recurso fue completado conforme lo ordenado, y una vez que fue debidamente verificado que la impugnación cumplió con los requisitos formales y sustanciales establecidos en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, como son el principio de



oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación, se dispuso la admisión a trámite del recurso de apelación.-

TERCERO.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-

El acto administrativo impugnado es la Resolución de 30 de diciembre de 2020, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, dentro del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-028-2019, en la que se resolvió:

“[...] SEGUNDO.- Ordenar el archivo del presente expediente en contra de que los señores Edwin Elías Pita Vera (nombre comercial HOPU) y Jenny Patricia Usca Aldaz, al no encontrar mérito suficiente para la prosecución de la instrucción del procedimiento por el cometimiento de las posibles prácticas desleales contenidas en el artículo 27 numerales 1, 2, 3, literal b) 6 y 7 de la LORCPM. [...]”.-

CUARTO.- PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECORRENTE.-

El operador económico INSERNIN, en su escrito de apelación, pretende:

“[...] Se revoque en su totalidad la Resolución el 31 (sic) de diciembre de 2020 dictada por (sic) Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (s) dentro del Expediente No. SCPM-IGT-INICPD-028-2019 [...]”

Pretensión por medio de la cual -con la revocatoria del acto administrativo impugnado (se entiende por su efecto)- se busca reverse la decisión de archivo y continuar con el procedimiento administrativo; reclamación que, en contraste al libelo del recurso, se enmarca primordialmente en la falta de motivación de la resolución de 30 de diciembre de 2020 de marras, como sigue:

“[...] la resolución impugnada carece de motivación puesto que no se explica ni fundamenta conforme a derecho las razones o motivos por los cuales se rechaza la legítima denuncia, tampoco se explican la pertinencia de las normas legales que se aplican ni se han analizado ni tenido en cuenta los argumentos expuestos en la denuncia respecto a las prácticas desleales [...]”

Con la argumentación adicional dentro del recurso, el apelante ha buscado fundamentar y dotar a esta autoridad de un contexto conductual y de verdad procesal, que –a su entender- sostiene la existencia de mérito para la prosecución del procedimiento administrativo en contra de los denunciados, conforme sigue:

“[...] El proceso investigativo más se ha centrado en el comportamiento del mercado de las empresas dedicadas fabricar materiales de construcción, como volúmenes de venta y captación del mercado, cuando el motivo de la denuncia era en contra de los actos de competencia desleal de ex empleados que aprovechándose de su condición sacaron información para utilizarla en sus empresas, violando el secreto empresarial comercial de la empresa represento además de producir confusión en el mercado y de aprovecharse del prestigio de mi representada en el mercado de los prefabricados de hormigón



[...]

Actos de Confusión [...] Estos productos no cuentan con la calidad y durabilidad de los que produce mi representada, y al ser ofertados haciendo pensar al consumidor que se trata de los productos de INSERNIN C.A., haciendo creer que el producto era de nuestra representada, incurriendo en actos de desviación de clientela actos de confusión.

[...]

Violación de secretos empresariales [...] En el presente caso, los operadores han sido engañados en su buena fe, por la actuación disfrazada, explotando la reputación ajena lo cual es nocivo para los consumidores, ya que la ley exige que los participantes en el mercado respeten sus actuaciones basados en el principio de buena fe comercial

[...]

Los denunciados renunciaron a su trabajo y dejaron la empresa, en el mes de marzo del 2018, llevándose ilegalmente sin autorización de mi representada ni de ningún ejecutivo ni de otra persona autorizada, toda información confidencial [...] que la utilizaron para desviar la clientela [...]"

QUINTO.- CONSTANCIA PROCESAL.-

De la revisión de los recaudos procesales constantes en el expediente administrativo objeto de análisis, como del expediente en el que se sustancia el presente recurso, se destacan como principales constancias procesales, las siguientes:

a) Dentro del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-028-2019, se resaltan:

1. Denuncia y anexos presentados por el señor Santiago Eduardo Oquendo Oquendo, en calidad de Gerente y representante legal del operador económico INSERNIN C.A., el 13 de junio de 2019 a las 14h23, con número de trámite ID. 134897, en contra de los operadores económicos: **a)** Edwin Elías Pita Vera; **b)** Jenny Patricia Usca Aldaz; y, **c)** Susana Dejhanira Males Vaca; por presuntas conductas tipificadas en el artículo 27 numerales 1, 2, 3, 6 y 7 de la LORCPM;
2. Providencia de 24 de junio de 2019 a las 11h00, mediante la cual se avoca conocimiento de la denuncia presentada y se dispone correr traslado de la misma a los denunciados; así también se constata la providencia de 25 de junio de 2019 a las 13h00, mediante la cual se ordena correr traslado con los anexos de la denuncia;
3. Escrito presentado por la señora Susana Dejhanira Males Vaca, el 12 de julio de 2019, a las 16h34, con número de trámite ID. 137374, en el cual la denunciada presenta las explicaciones correspondientes;



4. Escrito presentado por el señor Edwin Elías Pita Vera, el 12 de julio de 2019, a las 16h42, con número de trámite ID. 137384;
5. Resolución de inicio de investigación de 31 de julio de 2019, a las 10h10, mediante la cual el órgano de investigación concluye:
 - “[...] Del análisis de las características de los bienes y servicios investigados, esta Intendencia identificó, de manera preliminar, que los operadores económicos investigados se encontrarían **ACTIVOS** y que sus actividades económicas principales se encuentran en el sector de prefabricados, como adoquines, bloques, bordillos, muros de contención, entre otros.
 - Del mercado producto, esta Intendencia, identificó preliminarmente, dos mercados relevantes delimitados de la siguiente manera: i) producción de prefabricados de concreto u hormigón, como adoquines, bloques, bordillos, muros de contención, entre otros, y, ii) la venta al por mayor y al por menor de prefabricados de concreto u hormigón, como adoquines, bloques, bordillos, muros de contención, entre otros.
 - El mercado geográfico preliminarmente estaría delimitado de alcance nacional, y con una duración de la presunta conducta iniciada en marzo de 2018, fecha en que los denunciados habrían renunciado a la compañía **INSERNIN C.A.**, hasta la presente fecha.
 - Es importante señalar, que el análisis económico realizado corresponde a la identificación preliminar de las características de los bienes o servicios que estarían siendo objeto de las presuntas conductas denunciadas, en este sentido, esta autoridad podrá precisar la delimitación del mercado, mercado geográfico y las cuotas de mercado y demás detalles económicos, conforme con la información que conste en el expediente de acuerdo con la etapa procesal oportuna.
 - De acuerdo con los anexos presentados, tanto en el escrito de denuncia como en los escritos de explicaciones, no existiría certeza sobre la actividad económica que realizaría el operador económico de **HOPU**, tampoco de la relación con la marca **D´Concreto**, lo cual crearía una falsa expectativa en el consumidor con relación a la actividad, prestaciones, productos o establecimientos ajenos, o que induzca a error al público, situación que deberá desvirtuarse en la etapa de investigación formal, a fin de corroborar la existencia o no de actos de engaño o confusión.
 - Se evidencia que los enunciadados habrían laborado en el departamento de ventas de la empresa **INSERNIN C.A.**, sin embargo, después de haber culminado su contrato, los señores **EDWIN ELÍAS PITA VERA** y **JENNY PATRICIA USCA ALDAZ**, habrían fundado una nueva compañía con actividades económicas similares. Es criterio de esta autoridad, que los denunciados pudieron haber creado con el consumidor, cierta imagen a partir de la empresa **INSERNIN C.A.**, de la cual pudiera valerse para obtener beneficios en el mercado, situación que



deberá desvirtuarse en la etapa de investigación formal, a fin de corroborar la existencia o no de actos de explotación de reputación ajena.

- *Los denunciados habrían laborado en las empresas INSERNIN C.A, y HOPU ostentando cargos que permitirían el acceso a información sensible sobre el giro de negocio, estrategias de mercado, listas de clientes, u otro tipo de información que podría ser aplicada por su beneficio, dentro del mercado de fabricación y comercialización de producción para la construcción, pudiendo utilizarla para generar confusión respecto de la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno, situación que deberá desvirtuarse en la etapa de investigación formal.*
 - *Finalmente, con respecto a la señora SUSANHA DEJHANIRA MALES VACA, se ha verificado, que la misma habría desempeñado sus funciones en varias empresas diferentes a HOPU, por lo que esta autoridad no considera que sus actuaciones podrían tener vinculación directa con los hechos denunciados por la compañía INSERNIN C.A., sin perjuicio que, durante el desarrollo de la investigación se determine la existencia de nuevos elementos que permitan agregar responsables, otras conductas o interesados, conforme el inciso tercero del artículo 66 del Reglamento a la LORCPM.”; y dispone:*
 - *“[...] PRIMERO.- Ordenar el inicio de la etapa de investigación en el presente expediente, [...] SEGUNDO.- Se consideran como presuntos responsables a los señores EDWIN ELÍAS PITA VERA y JENNY PATRICIA USCA ALDAZ, por las conductas contempladas en el artículo 27 numerales 1, 2, 3, literal b) 6 y 7 de la LORCPM [...]”*
6. *Mediante auto de 31 de enero de 2020, a las 11h00, se dispone: “[...] Prorróguese el plazo de duración de esta investigación [...]”*
 7. *Con fecha 16 de diciembre de 2020, la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, emite el Informe de Resultados de la Investigación No. SCPM-IGT-DNICPD-049-2020-I, el cual recomienda: “[...] archivar el presente expediente de conformidad con el artículo 57 de la LORCPM, pues no se ha encontrado mérito suficiente para la prosecución de la instrucción del procedimiento por el cometimiento de las posibles prácticas desleales denunciadas contenidas en el artículo 27 de numerales 1, 2,3, literal b) 6 y 7 de la LORCPM, por parte de los (sic) EDWIN ELÍAS PITA VERA (NOMBRE COMERCIAL HOPU) y JENNY PATRICIA USCA ALDAZ.*
 8. *Resolución de archivo de 30 de diciembre de 2020, en la que el órgano de investigación resuelve: “[...] PRIMERO.- Acoger el Informe de Resultados de la Investigación emitido por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales. SEGUNDO.- Ordenar el archivo del presente expediente en contra de que los señores Edwin Elías Pita Vera (nombre comercial HOPU) y Jenny Patricia Usca Aldaz, al no encontrar mérito suficiente para la prosecución de la instrucción del procedimiento por*



el cometimiento de las posibles prácticas desleales contenidas en el artículo 27 numerales 1, 2, 3, literal b) 6 y 7 de la LORCPM [...]”

9. El 13 de enero de 2021 a las 13h49, el operador económico INSERNIN presenta recurso de apelación, en contra del acto administrativo de 30 de diciembre de 2020.

b) Dentro del expediente administrativo No. SCPM-DS-INJ-RA-002-2021, en el que se sustancia el presente recurso de apelación, constan, entre otros, las que se anotan como relevantes:

1. En providencia de 21 de enero de 2021, a las 14h20, esta autoridad agrega: **a)** Memorando SCPM-IGT-INICPD-2021-0007 de 15 de enero de 2021, suscrito electrónicamente por el abogado Pablo Carrasco Torrontegui, en calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (INICPD), mediante el cual manifiesta: *“De conformidad con el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal de la SCPM, remito a Usted, tanto la providencia emitida por esta Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, que en su parte pertinente ordena poner en su conocimiento el recurso de apelación presentado por el operador económico INSERNIN C.A., cuanto el recurso presentado por el operador, dentro del proceso de investigación signado con el número SCPM-IGT-INICPD-028-2019.”*; **b)** Documento electrónico - providencia de 14 de enero de 2021 suscrita electrónicamente por el abogado Pablo Carrasco Torrontegui, en calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, dentro del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-028-2019; **c)** Escrito de Recurso de Apelación y anexo, suscrito por el señor Hernán Javier Romero Sigcho en calidad de Gerente General y representante legal del operador económico INSERMIN C.A., ingresados el 13 de enero de 2021 a las 13h49, signado con el número de trámite ID 181726;
2. Providencia de 21 de enero de 2021, a las 14h20, mediante la cual esta autoridad dispone al apelante, complete el Recurso interpuesto;
3. Providencia de 02 de febrero de 2021, a las 09h30, mediante la cual esta autoridad admite a trámite el acto de impugnación en conjunto con su complementación y dispone correr traslado a los denunciados a fin de que se pronuncien en derecho;
4. Escrito suscrito por el abogado Edgar Esteban Cruz Ponce, a nombre de los señores EDWIN ELÍAS PITA VERA, en calidad de propietario del establecimiento HOPU; y, JENNY PATRICIA USCA ALDAZ, trabajadora de HOPU, ingresado en la ventanilla virtual de la Secretaría General de 08 de febrero de 2021, con número de trámite ID. 184523, en el cual presenta sus argumentos respecto del recurso de apelación puesto en su conocimiento;
5. Providencia de 10 de febrero de 2021 a las 12h40, en la que se agrega el escrito presentado por los denunciados y se señala: *“[...] siendo que la disposición precluyó el 05 de febrero de 2021; en este contexto, al haber sido presentado el escrito de alegaciones el 08 de febrero de 2021, el mismo se encuentra fuera del término de tres (3) días concedido, razón por la cual no se lo considera por extemporáneo [...]*”;



6. Providencia de 22 de febrero de 2021, a las 17h00, en la cual se agrega el escrito presentado por los señores EDWIN ELÍAS PITA VERA, en calidad de propietario del establecimiento HOPU; y, JENNY PATRICIA USCA ALDAZ, trabajadora de HOPU, ingresado en la ventanilla virtual de la Secretaría General de 17 de febrero de 2021 a las 13h50, con número de trámite ID. 185305.

SEXTO.- MARCO NORMATIVO APLICABLE.-

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

La **Constitución de la República del Ecuador –CRE-** reconoce los siguientes derechos y garantías: “[...] **Art. 75.-** *Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley*”; **“Art. 76.-** *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [...] 3. [...] Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho [...]”m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.*”; **“Art. 82.-** *El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.*”; **“Art. 173.-** *Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial*”; **“Art. 226.-** *Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley [...]*”; **“Art. 335.-** *El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos. El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, 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.*”; **“Art. 336.-** *El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. 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.”.

La **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM-** manda: “**Art. 1.- Objeto.-** El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”; “**Art. 3.- Primacía de la realidad.-** Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos. La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico”; “**Art. 25.- Definición.-** Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras. Para la definición de usos honestos se estará a los criterios del comercio nacional; no obstante, cuando se trate de actos o prácticas realizados en el contexto de operaciones internacionales, o que tengan puntos de conexión con más de un país, se atenderá a los criterios que sobre usos honestos prevalezcan en el comercio internacional. La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley. Las sanciones impuestas a los infractores de la presente ley no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios que corresponda de conformidad con las normas del derecho común, así como la imposición de sanciones de índole penal, en caso de constituir delitos [...]”; “**Art. 26.- Prohibición.-** Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia”; “**Art. 27.- Prácticas Desleales.-** Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: 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. En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero. 2.- **Actos de engaño.-** Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio,



*condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial [...] 3.- Actos de Imitación.- Particularmente, se considerarán prácticas desleales [...] b) La imitación de prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando resulte idónea para generar confusión por parte de los consumidores respecto a la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. Las iniciativas empresariales imitadas podrán consistir, entre otras, en el esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros de un anuncio de un tercero [...] 6.- Explotación de la reputación ajena.- Se considera desleal el aprovechamiento indebido, 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 [...]”; “**Art. 57.- Archivo de la denuncia.-** Si el órgano de sustanciación considera satisfactorias las explicaciones del denunciado, o si concluida la investigación no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, mediante resolución motivada ordenará el archivo de la denuncia”; “**Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.-** Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición [...]”.*

El Reglamento para la aplicación de la LORCPM señala: “**Art. 4.- Criterio general de evaluación.-** 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”; “**Art. 31.- Denuncia ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.-** [...] De determinar que no existen indicios del cometimiento de las prácticas denunciadas, la Superintendencia sin más trámite dispondrá el archivo de la denuncia. De determinar que existen indicios del cometimiento de las prácticas denunciadas y que tales prácticas podrían producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores o usuarios, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado iniciará un procedimiento de investigación de conformidad con las disposiciones constantes en el artículo 56 de la Ley y en los artículos 62 a 67 de este Reglamento [...]”.

SÉPTIMO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-

De la revisión del escrito que contiene el Recurso de Apelación y su complementación, se determina que el apelante centra su impugnación en la falta de motivación del acto administrativo, respecto de:

- a. Falta de explicación y fundamentación conforme a derecho de las razones o motivos por los que se rechaza la denuncia;



- b. Falta de explicación respecto de la pertinencia de las normas que se aplican; y,
- c. Ausencia de análisis de los argumentos expuestos en la denuncia.

Identificados los puntos de análisis para la atención de la apelación planteada, esta autoridad considera importante –partir el análisis por– la mención de la naturaleza del recurso que se atiende, conforme sigue:

A la apelación –en sentido amplio como medio de impugnación ordinaria– le corresponde el análisis de errores que pueden contrariar al Derecho, ya sea por haberse malentendido las circunstancias de hecho sobre las cuales han sido aplicadas las normas o simplemente por haber aplicado las normas con un significado o alcance distinto al que les corresponde¹. Así las cosas, la Administración está en la obligación de rectificar desviaciones en las que pueda haber incurrido frente a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico o simplemente, sin que se haya producido una ilegalidad, está en la obligación de adoptar nuevas decisiones más razonables, aunque en este último caso atendiendo a la oportunidad.²

Por su parte, si bien el recurso de apelación no exige motivos para su interposición ni limita los poderes decisorios de quien los dirige en relación de quien los emitió, comporta como objeto el reparar cualquier irregularidad procesal –*error in procedendo*– o error de juicio –*error in iudicando*–; siendo estos, aquellos que deben identificarse en el recurso que se atiende, pues la revisión del superior jerárquico de la actuación del inferior o subordinado, pretende la revocación, reforma o sustitución del acto administrado respecto de esa base.

Por clasificación y naturaleza, la ausencia del requisito de motivación de los actos administrativos constituye un error *in iudicando*. Por tanto, siendo que la garantía de motivación se encuentra señalada en el artículo 76, numeral 7, literal 1)³ de la Constitución de la República; que la motivación implica el anuncio de normas y principios y la pertinencia de su aplicación, a fin de centrarnos en los elementos procesales del expediente administrativo, se procede a revisar lo dicho en la denuncia presentada y la motivación de la decisión de la autoridad de investigación, así:

- i. En la denuncia presentada por el señor Santiago Eduardo Oquendo Oquendo, en calidad de Gerente y representante legal del operador económico INSERNIN C.A., el 13 de junio de 2019, se puso en conocimiento de la INICPD, el cometimiento de presuntas prácticas desleales, las mismas que fueron replicadas en el recurso de apelación, a saber: **a) Actos de confusión**, en razón de que los denunciados utilizan las mismas estrategias de venta, imágenes y listas de cliente, en el desarrollo de su

¹ Enrique Rojas Gómez, La Teoría del Proceso, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 193.

² Ramón Martín Mateo, Manual de Derecho Administrativo, Madrid, Editorial Trivium, 2002, p. 409.

³ CRE.- “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) 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 [...]”



empresa que participa en el mismo sector; **b) Actos de engaño**, pues los productos que ofertan los denunciados no poseen la misma calidad, tanto más que se hace pensar a los usuarios que quien oferta es la empresa INSERNIN; **c) Explotación de la reputación ajena**, por cuanto los denunciados mantienen las estrategias que usa el hoy apelante; **d) Violación de secreto empresarial**, señalando la apropiación de información de carácter confidencial por parte de los denunciados en el presente caso; y, **e) Actos de imitación**, pues a decir de INSERNIN, HOPU imita sus iniciativas en el mercado.

- ii. En razón de lo antedicho y posterior al análisis de las explicaciones se inicia la investigación por las presuntas conductas desleales tipificadas en el artículo 27, numerales 1, 2, 3 literal b), 6 y 7 de la LORCPM,
- iii. Instruida la investigación la INICPD -por intermedio de la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales-, en el Informe de Resultados No. SCPM-IGT-DNICPD-049-2020-I de 16 de diciembre de 2020, previo al análisis técnico, respecto a las conductas denunciadas ha concluido:

“[...] Respecto de la conducta de confusión, esta Dirección identificó que de la revisión integral del esquema general, los colores y elementos gráficos utilizados por HOPU, no serían suficientes para causar confusión en los consumidores de conformidad con el numeral 1 del artículo 27 de la LORCPM.

- *Con relación a los actos de engaño, la DNICPD identificó que HOPU habría acreditado por los propios clientes y distribuidores, así como de los certificados realizados por varias universidades del país, que sus productos tendrían calidad. Además que conforme el ACUERDO DE PRODUCCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN, dicho operador mantendría la comercialización de los productos fabricados por FORTEC. En tal sentido, dentro del expediente, no se evidencia elementos que tengan relación con que los denunciados hayan inducido a error al público o realizado publicidad que no fuese veraz y exacta, de conformidad con el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM.*
- *Por otro lado, respecto de los actos de imitación, la Dirección concluye que los denunciados con la comercialización de sus productos, difícilmente podría generar imitación en las prestaciones o iniciativas empresariales de INSERNIN, respecto de la procedencia empresarial como tampoco que hayan encaminado a un aprovechamiento indebido de la reputación o esfuerzo ajeno, por lo que, la DNICPD no identificó elementos que puedan configurar un conducta desleal de conformidad con la letra b) numeral 3 del artículo 27 de la LORCPM.*
- *De los actos de explotación de la reputación ajena, la DNICPD identificó que INSERNIN C.A., no goza de una reputación suficiente en el mercado relevante, como para que los denunciados, puedan aprovecharse de la misma. En tal sentido, dentro*



del expediente, no existen elementos respecto de la conducta desleal contenida en el numeral 6 del artículo 27 de la LORCPM.

- *Finalmente, de los actos de violación de secretos empresariales, esta Dirección colige que, no se identificó que los señores Edwin Elías Pita Vera y Jenny Patricia Usca Aldaz hayan divulgado, explotado o adquirido indebidamente información del operador INSERNIN, en tal sentido, no se cumplen con los elementos constitutivos de la conducta de violación de secreto empresarial [...]”.*

- iv. El acto impugnado, por su parte, ha acogido de manera íntegra el Informe de Resultados, señalando en la resolución de archivo, respecto a las conductas denunciadas, lo siguiente:

“[...] Por tal razón, para que la autoridad de competencia pueda conocer y eventualmente sancionar una conducta anticompetitiva, ésta deberá ocasionar un efecto real o potencial, en el mercado relevante determinado dentro de la investigación [...]

En particular, el artículo 26 de la LORCPM, prohíbe y sanciona aquellas conductas desleales que afecten el orden público económico. Por lo que, solo serán objeto de prohibición y sanción en el marco de la LORCPM, los actos de competencia desleal que afecten real o potencialmente el régimen de competencia, es decir, 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 dentro del mercado relevante determinado.

Con estos lineamientos, esta Intendencia considera que el artículo 26 de la LORCPM, restringe la competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado únicamente para aquellos casos en que exista una afectación al orden público económico en el mercado relevante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la LORCPM.

En tal sentido, para que una conducta desleal sea prohibida o sancionable, a la luz de la LORCPM, no basta con acreditar la simple existencia del acto o hecho, sino que, además, resulta indispensable determinar si la conducta investigada impide, restringe falsea o distorsiona el orden público en el mercado relevante [...]

6.7.1 Actos de Confusión [...] *En tal virtud, esta Intendencia identificó que existen elementos tanto textuales como visuales, que sirven a que los consumidores puedan diferenciar entre las empresas HOPU e INSERNIN, entre estos, sobresalen los nombres comerciales, colores y esquemas, que especificaría la identidad empresarial de cada operador [...]*

6.7.2 Actos de Engaño [...] *Con estos lineamientos, esta Intendencia no ha identificado dentro del expediente, elementos que tengan relación, con una posible inducción a error al público por parte de los denunciados, de esta*



manera, no existirían elementos constitutivos de la conducta de engaño contenidos en el primer inciso del numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM. Así también, esta Intendencia no evidenció elementos dentro del expediente, que demuestre que los denunciados hayan realizado publicidad sobre los productos comercializados que no fueses veraces ni exactos.

Con base en el presente análisis, esta Intendencia a la luz de la LORCPM, no identificó elementos que demuestren el cometimiento de la conducta de actos de engaño por parte del operador HOPU; y, la señora JENNY PATRICIA USCA ALDAZ [...]

- 6.7.3 Actos de imitación.-** [...] *De la revisión a los catálogos, esta Intendencia identificó que los colores y esquemas gráficos, permitirían a los consumidores, diferenciar respecto de los operadores económicos, por lo que, difícilmente podría existir riesgo de confusión en el texto, el diseño, eslogan, presentación, o iniciática empresarial, de los operadores y los nombres comerciales “D’CONCRETO “; y, “HOPU BY FORTEC”.*

En tal virtud, esta Intendencia considera que los denunciados difícilmente podría generar imitación en las prestaciones o iniciativas empresariales de INSERNIN; en tal sentido, los consumidores podrían diferenciar respecto de la procedencia empresarial de los prefabricados de concreto y hormigón.

En este orden de ideas, esta Intendencia considera que en el presente caso, no existen elementos que permiten identificar presunciones de la conducta de competencia desleal en la modalidad de imitación, conforme la letra b) del numeral 3 del artículo 27 LORCPM [...]

- 6.7.4 Actos de explotación de la reputación ajena** [...] *Con base en las consideraciones referidas, esta Intendencia no ve necesario analizar, si los denunciados se habrían aprovechado indebidamente de la reputación de INSERNIN C.A., en tanto que, como se observa del presente análisis, el operador no contaría con una reputación suficiente como para que HOPU apalanque su crecimiento o la inserción de sus productos, en virtud del reconocimiento de INSERNIN.*

Con estos lineamientos, esta Intendencia colige que no existen elementos de convicción acerca del presunto cometimiento de actos de explotación de la reputación ajena, por parte los denunciados, de conformidad con lo establecido en el numeral 6 del artículo 27 de la LORCPM. [...]

- 6.7.5 Actos de violación de secreto empresarial** [...] *En este orden de ideas, a criterio de esta Autoridad no ha evidenciado que los señores Edwin Elías Pita Vera y Jenny Patricia Usca Aldaz, hayan divulgado, explotado o adquirido indebidamente, información del operador INSERNIN, por lo que no existirían suficientes elementos conforme la tipicidad del numeral 7 del artículo 27 de la LORCPM [...]*”



De los elementos que se han transcrito se determina que la Intendencia de Investigación y Control de Prácticas Desleales ha realizado un análisis sustantivo y teórico respecto de las conductas denunciadas, posterior al análisis técnico procedimental al cual le obliga la norma. Ahora, toda vez que el centro impugnatorio reside en la supuesta falta de motivación del acto administrativo por falta de explicación normativa del “rechazo” de la denuncia y la pertenencia de las normas aplicadas, se explica, en abstracto:

7.1 La Garantía Constitucional de la Motivación:

Es preciso referirse a lo que conforme la Constitución de la República del Ecuador, constituye la garantía de motivación; así:

“[...] 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 [...]”⁴

A este respecto la Corte Constitucional ha señalado:

“[...] La motivación no se agota en la referencia de disposiciones jurídicas y antecedentes del caso, ya que, al contrario, esta debe ser formulada a través de la correlación de las premisas relevantes para resolver un caso y dentro de la cual se observe el análisis intelectual efectuado por la autoridad judicial, lo que deberá guardar relación con la conclusión final a la que se ha arribado [...]”⁵

Conforme la norma y la jurisprudencia, la motivación es el mecanismo más importante, para dotar a las decisiones administrativas de legitimidad y validez, radica en la exposición de los elementos de hecho, la pertinencia de aplicación de los preceptos de derecho, los cuales deben estar correlacionados para arribar a una decisión. Esta garantía parte del aparataje constitucional del debido proceso, el cual tiene íntima relación con la seguridad jurídica establecida en el artículo 82 de la CRE.

La Corte Constitucional del Ecuador, ha establecido jurisprudencia en cuanto a precisar lo que significa la motivación, cuando dice:

*“[...] este Organismo, a partir de lo previsto en el artículo 76 numeral 7 literal 1 de la Constitución de la República, ha determinado tres requisitos elementales que debe reunir una sentencia para que se encuentre **debidamente motivada**, estos son: **razonabilidad, lógica y comprensibilidad**. Para una mejor comprensión, hacemos referencia a lo señalado por la Corte dentro de la sentencia N°. 227-12-SEP-CC: Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera **razonable, lógica y comprensible**, así como mostrar cómo los*

⁴ CRE.- Art. 76, numeral 7, literal I.-

⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.0 024-16-SEP-CC, caso N.0 1630-11-EP.



enunciados normativos se adecuan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión **razonable** es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión **lógica**, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión **comprensible**, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto”.⁶ (Resaltado fuera del texto).

En la línea de ideas planteada, se concluye que de detectarse el vicio en la motivación del acto impugnado este sería inválido en derecho, motivación que debe ser un ejercicio del cual se desprenda la razonabilidad, lógica y comprensibilidad del mismo.

Señalado lo anterior, conforme lo establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador⁷, a esta autoridad le corresponden aquellas actividades que propendan al mejoramiento de la “competencia en los mercados”; presupuesto que va íntimamente ligado también con la garantía constitucionales de la seguridad jurídica.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido:

“[...] El concepto de la seguridad jurídica alude al conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros; que propuesto como principio constitucional, significa que el orden jurídico proscribiera cualquier práctica en el ejercicio del poder que conduzca a la incertidumbre, es decir, a la imposibilidad de anticipar o predecir las consecuencias jurídicas de la conducta; que no se trata de una regla susceptible de invocarse para valorar los actos de poder creadores de normas particulares, si son el resultado de facultades regladas. En efecto, si tales actos se apartan de lo ya establecido en la ley, habrá un problema de legalidad del acto en sí, sin que pueda decirse que está en juego la garantía constitucional de la seguridad jurídica, porque el conjunto de condiciones que la configuran no ha sido alterado [...]”⁸

De lo mencionado, el elemento primordial de la figura, aterriza en la certeza del actuar de la administración, con la finalidad de prever una consecuencia jurídica irrestricta, siendo que, cualquier manifestación en contrario, atenta directamente a este enunciado, presupuestos que deben ser traducidos en el acto administrativo, con la pertinencia de la aplicación de la norma y los elementos de hecho.

Como se ha establecido, el Recurso de Apelación planteado centra su argumentación de manera general en la denunciada falta de motivación, individualizando los puntos en los cuales radica -a decir del apelante- la vulneración que debe ser corregida por esta autoridad, así:

⁶ Corte Constitucional del Ecuador. SENTENCIA N°. 284-15-SEP-CC.

⁷ CRE.- **“Art. 226.-** Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley [...]”

⁸ .C.E.- Sentencia No. 249-2001 dictada en el proceso de casación No. 44-2001.



7.1.1 Falta de explicación de las razones o motivos por los que se rechaza la denuncia:

De la lectura del acto administrativo impugnado, la Intendencia es clara en marcar dos presupuestos fundamentales: **a)** Analizando cada una de las conductas, no se han determinado indicios del cometimiento de las mismas; y, **b)** No se ha establecido que exista una afectación real o potencial al mercado relevante definido.

En este punto es preciso referir que, la Intendencia de Investigación y Control está en la obligación de analizar los elementos conductuales y su configuración respecto de los hechos denunciados y efectivamente practicados y/o probados; y de determinarse su configuración conductual, está llamada a corroborar si el acto que se reputa anticompetitivo afecta o no al mercado en los términos de la LORCPM, a las buenas prácticas comerciales o si tiene la capacidad de hacerlo.

Al efecto de lo anterior, se remarca que, atendiendo al objeto y ámbito de aplicación de la LORCPM, por los cuales la SCPM debe salvaguardar la efectiva competencia en el mercado, mediante la prevención y prohibición de conductas anticompetitivas, efectuadas por operadores económicos que produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional; en concordancia con el criterio general de evaluación de las conductas contenido en el artículo 4 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, se encuentra que los actos de competencia desleal regulados en los artículos 25, 26, 27 de la LORCPM, más allá de contar con el requisito de calificación de “desleal” (acto contrario a los usos o costumbres honestos), deben encontrarse cualificados para que resulten reprochables por la normativa, es decir, deben tener la aptitud para impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

En esa perspectiva de trato del derecho de competencia desleal, sabiéndose que la conducta debe contraer la aptitud de distorsionar el mercado, es decir, que sea determinable a partir de ella si impide, restringe, falsea o distorsiona el orden público en el mercado relevante que para cada caso sea definido, se encontrará que, si la fuerza de presencia dentro del campo de actuación del operador económico que comete la practica deshonesto no puede afectar el ámbito de aplicación que tiene la LORCPM, esa conducta está por fuera de la tutela.

A fin de soportar el análisis efectuado y conforme el inciso tercero del artículo 31 del RLORCPM, encontramos que, no basta el hallazgo de indicios del cometimiento de las prácticas denunciadas por parte de la administración, (análisis ampliamente desarrollado en el acto administrativo que se recurre), sino que, a fin de que el órgano sustanciador instruya un procedimiento de investigación, requiere, de manera mandatoria, que tales prácticas puedan producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores usuarios; y para ello, en el género, las prácticas desleales analizadas responden a la participación de mercado que posea el operador investigado para ser calificadas como nocivas. Elemento que, revisados los antecedentes procesales, no se cumple respecto a las conductas denunciadas, por las características que los denunciados tienen dentro del mercado.



Por tanto, en resguardo del principio de juridicidad, considerando que la competencia de SCPM como organismo técnico de control faculta realizar investigaciones siempre y cuando exista la concurrencia de los parámetros normativos exigidos en la ley de la materia, dado que en el presente caso no se configuran los elementos del tipo conductual, es oportuno resaltar que, para los efectos de subsunción a la conducta normada, no existe nexo causal o elemento estructural del tipo de la infracción alegada, en los presupuestos fácticos objeto de la denuncia presentada.

Con miras en lo dicho, se desprende del expediente y acto administrativos de la INICPD cuentan con un análisis suficiente que desvanece los presupuestos por los cuales se dispuso el inicio de la investigación; situación evidenciable en el subtítulo “Falseamiento a la libre competencia” contenido en las páginas 38 a 42, con lo cual se pone en evidencia, con claridad, la falta de mérito para continuar con la investigación a los operadores económicos denunciados, por no contar con la “aptitud” de poder producir efectos perjudiciales en el mercado nacional:

“[...] Con base en los lineamientos desarrollados por la Dirección, esta Intendencia, en virtud del mercado relevante determinado, considera que los operadores económicos denunciados, por sus características, no podrían atentar contra la eficiencia económica, la estructura del mercado o el bienestar general de los consumidores o usuarios, por lo que, no podrían falsear el régimen de competencia del mercado relevante definido de conformidad con los artículos 5 y 26 de la LORCPM. [...]”

Con esa base, toda vez que la motivación de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales tiene sustento sustantivo en la LORCPM conforme lo señalado, se encuentra que han sido expuestas en derecho los motivos en los cuales se funda la decisión del de archivo de la denuncia.

7.1.2. Falta de explicación respecto de la pertinencia de las normas que se aplican:

En este punto, resulta importante señalar que la pertinencia radica en enunciar las normas contrastándolas con los hechos del caso concreto; la Corte Constitucional ha señalado:

“[...] este caso requiere una subsunción muy sencilla y el contraste de los hechos con la normativa traída a colación por Corte Provincial en sus consideraciones, resulta más que suficiente para dar cuenta de su pertinencia en la resolución del caso. La evidente solución que surge de combinar la identificación de los hechos y el derecho, hace prescindible una explicación abundante y particular [...]”⁹

Por lo que, no podrá acusarse de una falta de pertinencia de la norma, si esta es la aplicable al caso en concreto, mucho más cuando del análisis realizado por la intendencia se ha desglosado con gran aporte técnico, conforme puede evidenciarse a lo largo del ordinal “SEXTO.- ANÁLISIS JURÍDICO” especialmente en el subtítulo “6.7 Análisis de las conductas investigadas” contenido en las páginas 56 a 90 de la Resolución, con suficiente tratamiento que

⁹ Corte Constitucional, Sentencia N.º 1328-12-EP/20; Voto salvado: Ramiro Ávila Santamaría



respalda la verdad procesal, el ámbito procedimental y los aspectos conductuales específicos en estudio.

Las conductas investigadas por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, en razón de la denuncia presentada son: **a)** actos de confusión; **b)** actos de engaño; **c)** actos de imitación; **d)** actos de explotación de la reputación ajena; y, **e)** actos de violación de secreto empresarial, por lo que de manera breve y a fin de tener claridad de que la decisión de archivo fue consecuencia de la aplicación del derecho en mérito a los hechos revisaremos lo expuesto por la INICPD en el acto impugnado.

7.1.2.1 De los actos de confusión denunciados la INICPD expuso la norma específica, es decir lo tipificado en el numeral 1 del artículo 27 de la LORCPM y haciendo su análisis argumento: “[...] Respecto al primer inciso, la ley describe esta conducta en sentido genérico y amplio, es decir, cualquier actividad que confunda respecto a la actividad, prestaciones, productos o establecimientos de un tercero. Concerniente al segundo inciso, la norma ejemplifica una circunstancia particular, no taxativa, en la que se configura la confusión, esto es, el uso de signos distintivos, etiquetas, envases, entre otros elementos propios de derecho marcario, cuando su uso implique riesgo de asociación [...] En tal virtud, la deslealtad se configuraría al momento de utilizar los colores, formas, procedencia empresarial, presentación o iniciativa empresarial, debido a que el uso indebido de estos elementos podría confundir a los consumidores [...]”; en este punto se realiza el contraste de los elementos fácticos y la norma.

Adelanta el análisis señalando: “[...] En este orden de ideas, los actos de confusión convergen cuando estos proyectan a los consumidores, la idea de que los productos o servicios mantienen el mismo origen empresarial, es decir, que las compañías podrían mantener cierta relación económica o jurídica, debido a la similitud de las características de un determinado operador. En tal virtud, para calificar como anticompetitiva esta conducta, deben identificarse: 1.- si la conducta genera confusión en los consumidores, respecto de la imagen, estrategia comercial, los productos o establecimiento de un competidor; y, 2.- determinar a la luz de la LORCPM, la deslealtad de los actos vedados, en otras palabras, examinar el falseamiento de la competencia y la afectación al interés general, que tendría lugar el cometimiento de esta práctica comercial [...]”; lo que le permite dilucidar si las actuaciones de los denunciados, generaron o son capaces de generar confusión sobre los usuarios, respecto de los servicios o productos ofertados por los operadores HOPU, frente de los productos que ofrece INSERNIN.

Existe en el acto impugnado un análisis de las argumentaciones de las partes, verificaciones realizadas por el propio órgano de investigación que radican en los documentos constantes en el cuaderno administrativo y las páginas web al alcance del público, lo que le permite establecer que frente al concepto de acto de engaño, los parámetros que contiene para su configuración, lo denunciado y aportado no es suficiente para determinar en indicio necesario respecto de la práctica denunciada, que comporten la necesidad de continuar con la prosecución del expediente administrativo.



7.1.2.2 De los actos de engaño estudia la Intendencia la conducta denunciada, exponiendo el contenido del artículo específico que tipifica la práctica acusada, el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM y razona: “[...] *Ahora bien, la estructura del ilícito administrativo “actos de engaño” contiene dos modalidades distintas, 1.- consiste en la conducta positiva de cierto operador económico que realiza en el mercado y que tiene por efecto u objeto inducir a error al consumidor de sus bienes y/o servicios; y, 2.- cuando el operador económico omite información relevante para que el público objetivo tome decisiones en el mercado [...]”*; continúa diciendo “[...] *Para el correcto funcionamiento de los mercados, los operadores económicos deben brindar suficiente información a los consumidores, la deslealtad converge cuando los operadores inducen al error a los destinatarios u omiten información, afectando la competencia y el correcto funcionamiento de los mercados. En este orden de ideas, a criterio de esta Intendencia, los actos de engaño, son aquéllos actos que de cualquier manera, los operadores propenden real o potencialmente, inducir a error a sus destinatarios. Con base en estos lineamientos, esta Intendencia colige que, para la configuración de los actos de engaño, existen elementos sustanciales, esto es, 1.- la inducción a error al público; y, 2.- la eventual influencia indebida en el comportamiento económico de los consumidores. Para la configuración de los actos de engaño, resulta importante identificar que las afirmaciones emitidas por los operadores no sean veraces y exactas; en tal virtud, es indispensable que la difusión de los mensajes publicitarios, contenga información veraz y exacta, a fin de que los consumidores puedan obtener información precisa y relevante al momento de elegir la oferta más conveniente [...]”*, imponiendo los parámetros a determinar frente al caso de estudio.

Una vez revisada los elementos constantes en el expediente, la Intendencia no observa la configuración de la conducta anticompetitiva, contrario a ello los denunciados han demostrado el yerro del hoy apelante.

7.1.2.3 De los actos de imitación, en relación a este punto, la INICPD imprime el numeral 3 letra b) del artículo 27 de la LORCPM, y comienza el análisis señalando: “[...] *Esta conducta mantiene una estrecha relación con los actos de confusión, en virtud de que la imitación en esta modalidad, pudiera resultar “idónea” para causar error en los consumidores, respecto de la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. El tipo de esta conducta, se configura cuando un tercero “copia” la presentación visual del producto o servicio ajeno, en tanto que estos elementos son esenciales para que los consumidores puedan identificar un bien o servicio, ya que las características diferenciadoras dotan de identidad empresarial a un producto [...]”*.

Continúa refiriendo las reglas establecidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina – TJCA- en la Interpretación Prejudicial del Proceso 01-IP-2018, el 08 de febrero de 2018 y señala: “[...] *la presente investigación se relaciona con iniciativas empresariales, por lo que es importante considerar los siguientes parámetros: a) “La comparación debe efectuarse sin descomponer los elementos, que conforman el conjunto de los signos en conflicto...” b) “En la comparación el cotejo se debe emplear el método del cotejo sucesivo...” c) “El análisis comparativo debe enfatizar las semejanzas y no las diferencias...” d) “Al realizar la*



comparación es importante en lugar del consumidor y su grado de percepción...”; continua realizando un análisis técnico frente a norma y reglas impuestas por el TJCA, con los hechos denunciados e investigados, revisa publicidad, entre páginas y catálogos, para arribar a la conclusión que, “[...]los colores y esquemas gráficos, permitirían a los consumidores, diferenciar respecto de los operadores económicos, por lo que, difícilmente podría existir riesgo de confusión en el texto, el diseño, eslogan, presentación, o iniciática (sic) empresarial, de los operadores y los nombres comerciales “D’CONCRETO “; y, “HOPU BY FORTEC”; por lo que tampoco hay elemento constitutivo de infracción.

7.1.2.4 De los actos de explotación de la reputación ajena, revisado el acto administrativo motivo de impugnación, se constata una vez más que la Intendencia de Investigación parte su análisis de lo dispuesto en el artículo 27 numeral 6 de la LORCPM y resume: “[...] *el aprovechamiento de la reputación ajena como una conducta desleal se constituye en la indebida utilización de ventajas adquiridas por un tercero, a raíz de la reputación obtenida, en el ámbito industrial, comercial o profesional dentro del mercado. [...] En este sentido, se entiende que el aprovechamiento indebido de la reputación ajena, puede tacharse como desleal, esencialmente si un operador de manera ilícita, se beneficia de la reputación de otro agente en el mercado, con independencia de los medios empleados para el efecto [...] Finalmente, respecto esta conducta se debe tener en cuenta que el aprovechamiento de reputación ajena no sólo provoca la afectación a un competidor, sino que causa un perjuicio en el mercado en la medida que los consumidores adquieren el bien o servicio objeto de análisis por razones ajenas a la eficiencia económica [...]”*; y define, “[...] *En consecuencia, los parámetros de deslealdad de esta conducta, radican en identificar: 1.- Si el operador supuestamente afectado ostenta una posición o reputación; y, 2.- Si el operador infractor se aprovechó indebidamente en beneficio propio. En tal virtud, esta Intendencia debe identificar si el operador INSERNIN, es reconocido en el mercado relevante investigado; e identificar, si los denunciados han obtenido reprochablemente, beneficios por aprovecharse indebidamente de la reputación del operador denunciante [...]”*.

Contando con los parámetros que contiene la práctica investigada, en la resolución de archivo se evidencia el análisis del posicionamiento o reputación de la empresa denunciada, cuya conclusión es, “[...] *INSERNIN C.A., no mantendría una reputación suficiente, como para que los denunciados, se apalancen de su posición, a fin (sic) ganar ingresos y reconocimiento para su crecimiento en el mercado relevante [...]*; por lo que no resulta necesario abarcar un aprovechamiento, puesto que se identifica la falta del primer elemento.

7.1.2.5 De los actos de violación de secreto empresarial, la Intendencia de Investigación una vez más, antepone lo dispuesto en la norma, específicamente el numeral 7 del artículo 27 de la LORCPM, para marcar su exposición técnica y legal, determinando los elementos de la conducta respecto a la violación de secreto empresarial y estudia en doctrina el secreto empresarial como primer elemento, como segundo elemento el carácter de deslealtad en la obtención de la información para lo cual verifica los literales a) y b) del numeral 7 del artículo 27 de la LORCPM y razona: “[...] *La norma ut supra, establece el tipo de la conducta a través de tres verbos rectores, esto es, “divulgar”, “explotar” y “adquirir”, considerando que el objeto del ilícito*



administrativo, es la “información secreta”, o el “secreto empresarial”. Respecto de los sujetos, esta Intendencia considera que existen dos tipos; 1.- quien haya tenido acceso legítimo a la información secreta, y haya divulgado o explotado sin autorización de su titular; y, 2.- quien la haya adquirido en forma deshonesto, en cualquiera de las 5 modalidades no taxativas antes descritas ut supra. Concerniente a la adquisición de la información no divulgada, la norma establece cinco (5) supuestos en los que la misma es considerada desleal, sin perjuicio de que puedan existir otras, lo que dependerá de cada caso en concreto [...]”

Continúa examinando las reglas para conocer y resolver sobre la violación de secretos empresariales, nuevamente impone los preceptos normativos, reglas y requisitos a tenerse en cuenta y frente a lo presuntamente revelado concluye: “[...] Respecto de los hechos denunciados, esta Intendencia identificó que estos documentos contendrían información referente al listado de clientes y los precios por productos y cantidades, en tal virtud, a priori, dicha información podría ser considerada como sensible para el operador INSERNIN.

Así también, INSERNIN denunció la violación de “otra información que utilizaron para desviar la clientela”, en este sentido, al no individualizar o informar a esta Autoridad, cual sería esa otra información relevante, esta Intendencia difícilmente podría definir como información sensible o que tenga un carácter confidencial [...] En la presente conducta, el operador INSERNIN, no adjuntado o demostrado, cuales habrían sido los medios de protección o de confidencialidad adoptados para salvaguardar dicha información, más allá de la cláusula contractual, esto es, “OBLIGACIONES DEL EMPLEADO” misma que dispone: “... Guardar en forma escrupulosa los secretos propios de su trabajo de la empresa; no dar información a terceros sobre cuestiones internas de la empresa...”, en este sentido, la cláusula por sí sola, no podría de manera general, responder a los mecanismos adecuados para salvaguardar la información que el propietario la considere como secreto empresarial [...]”. Por lo que la Intendencia no identifica mecanismos apropiados para proteger la información, que la información por sí sola tenga carácter confidencial, pues por el giro de negocio podría ser conocida por los demás integrantes del equipo y finalmente que la utilización de esta, pudiera ser decisiva para el cliente, por tanto no existe constitución de elementos normativos.

Por lo anterior, esta autoridad concuerda con la desagregación de la norma realizada, para establecer si se han configurado los elementos estructurales y conductuales, habiendo sido adecuadamente y suficientemente expuestos en el acto administrativo, y soporta la conclusión a la que llega el órgano de investigación y control de no encontrar mérito para la prosecución del expediente investigativo, derivándose al archivo el mismo; razón por la cual no se observa que el argumento del apelante sea procedente ya que conforme se ha indicado, la Resolución contiene una amplia explicación de la aplicación de la normativa con respecto de los hechos denunciados.

7.1.3 La decisión se basa en el comportamiento del mercado, cuando el motivo de la denuncia se refería a actos desleales por parte de ex empleados:

Aunando, al análisis realizado en el numeral 7.1.1 del presente acápite, ha de señalarse en resalte, que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado está obligada a “medir” el



comportamiento de los operadores económicos por los mandatos de los artículos 2, 5 y 26 de la LORCPM; bajo esta premisa, el acto administrativo impugnado es claro en señalar:

“[...] Falseamiento a la libre competencia.

Al respecto, resulta importante anotar lo dispuesto en el artículo 5 de la LORCPM, esto es:

Art. 5.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado... (Énfasis añadido)

En otras palabras, la Intendencia en todos los casos, necesariamente debe determinar un mercado relevante. Por tal razón, para que la autoridad de competencia pueda conocer y eventualmente sancionar una conducta anticompetitiva, ésta deberá ocasionar un efecto real o potencial, en el mercado relevante determinado dentro de la investigación.

Por lo indicado, tanto la cláusula general y las conductas de competencia desleal se encuentran necesariamente concatenadas con los parámetros de cualificación contenidos en el artículo 26, y en el ya referido artículo 5 del mismo cuerpo legal.

En particular, el artículo 26 de la LORCPM, prohíbe y sanciona aquellas conductas desleales que afecten el orden público económico. Por lo que, solo serán objeto de prohibición y sanción en el marco de la LORCPM, los actos de competencia desleal que afecten real o potencialmente el régimen de competencia, es decir, 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 dentro del mercado relevante determinado.

Con estos lineamientos, esta Intendencia considera que el artículo 26 de la LORCPM, restringe la competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado únicamente para aquellos casos en que exista una afectación al orden público económico en el mercado relevante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la LORCPM.

En tal sentido, para que una conducta desleal sea prohibida o sancionable, a la luz de la LORCPM, no basta con acreditar la simple existencia del acto o hecho, sino que, además, resulta indispensable determinar si la conducta investigada impide, restringe falsea o distorsiona el orden público en el mercado relevante. [...]”

De la cita se debe resaltar, para fines explicativos al apelante, que la sola determinación de existencia de elementos conductuales no resulta suficiente –por mandato legal- para la determinación de la comisión de una práctica anticompetitiva desleal, el denominado “comportamiento en el mercado” resuelta de vital (y obligatoria) importancia para los fines



propios del Derecho de la Competencia, en especial para las prácticas desleales conforme ya ha sido previamente tratado.

Para ampliar lo anterior, dada la naturaleza del accionar de este ente de control, la norma que rige los ámbitos y competencias, es la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el Reglamento de Aplicación, el Instructivo de Gestión Procesal, las resoluciones emitidas por la Junta de Regulación, en este aparataje jurídico esta la razón del análisis realizado por parte del órgano de investigación, así:

- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado:

“Art. 5.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado. El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución. El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes. La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto”

Ahora bien, la naturaleza de los procesos que instruye esta Superintendencia son de investigación, los cuales y conforme a la norma, deben estar investidos de un análisis legal y técnico que lleve a determinar si este estudio se encuentra dentro del campo de acción de esta entidad; así el artículo 1 de la LORCPM señala el objeto de su órgano ejecutor (SCPM) diciendo:

“[...] 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”.



Persiguiendo el objeto legal, el artículo 5 ibídem señala:

“[...] A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado. El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución. El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes. La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto [...]”.

En este contexto se destaca que el ámbito de competencia de la SCPM, es velar por el correcto desenvolvimiento del mercado.

Por tanto, la determinación del mercado relevante, área geográfica, mercado temporal y la sustituibilidad del mismo, se deben establecer por mandato legal, con miras a determinar los lineamientos necesarios para que los intervinientes conozcan el marco de la investigación, tanto conductual, como temporal y geográfico; instrumentos técnicos que incluso son base para la imposición de sanciones de ser el caso, esto bajo la óptica de procurar el bienestar común y el interés general.

Como se ha señalado la LORCPM y de manera específica el artículo 25 no impone la necesidad que el daño se verifique, sino la aptitud de producir daño con la conducta que se investiga, conclusiones a las cuales se puede arribar únicamente con el estudio técnico que demanda la normativa aplicable, considerando cada uno de los particulares de los casos en investigación pero siempre ceñido a la norma, por lo que la SCPM no puede investigar una presunta práctica desleal apartándose de los presupuestos normativos, por tanto es correcto el análisis realizado por la INICPD.

Esta autoridad en atención a la alegación de falta de motivación conforme lo fundamentado por el impugnante, ha evidenciado que no son tales en observancia a los mandatos normativos contenidos en los artículos 2, 5 y 26 de la LORCPM y la verdad procesal. En consecuencia, atendiendo a la naturaleza y fin del recurso de apelación como medio de impugnación ordinario,



la amplitud de conocimiento y decisión de la que goza la máxima autoridad de la SCPM que va a resolver los recursos ordinarios, no obedece tanto al interés de la parte recurrente. Según señala Devis Echandía, modernamente esta amplitud se justifica con el fin de tutelar el interés general por una buena justicia y por la corrección de los actos públicos; sólo secundariamente queda el fin de tutelar el interés particular del recurrente. Por ello, aunque no es necesaria una fundamentación del recurrente en profundo de los elementos de vicio, bastando únicamente con su interposición en cumplimiento de aspectos formales, se pone de realce que en ausencia de los errores *in iudicando* argumentados, carece de validez la pretensión impugnatoria por no responder al marco normativo aplicado por la administración.

Es base al análisis y consideraciones expuestas, esta autoridad administrativa observa que, el acto administrativo impugnado, esto es la resolución de 30 de diciembre de 2020, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, dentro del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-028-2019, cumple con los parámetros de lógica, razonabilidad, y comprensibilidad; así mismo, la relación de la normativa utilizada en el análisis guardad estrecha armonía con los hechos denunciados; razón por la cual la alegación de falta de motivación resulta improcedente.

OCTAVO: RESOLUCIÓN.-

Por las consideraciones expuestas, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2, y el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE: NEGAR** el Recurso de Apelación presentado por el operador económico señor Hernán Javier Romero Sigcho en calidad de Gerente General y representante legal del operador económico INDUSTRIA DE SERVICIOS Y NEGOCIOS INMOBILIARIOS INSERNIN C.A. (INSERNIN C.A.), mediante escrito ingresado el 13 de enero de 2021 a las 13h49, signado con el número de trámite ID 181726, en contra de la Resolución de 30 de diciembre de 2020 emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales dentro del Expediente No. SCPM-IGT-INICPD-028-2019, en consecuencia se ratifica el acto administrativo de 30 de diciembre de 2020.

NOVENO.- NOTIFICACIONES.-

De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la Disposición General Segunda de la Resolución SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020 suscrita por esta autoridad administrativa, que determina: *“Para notificaciones se priorizará el uso de los correos electrónicos señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones”*, puesto que el peligro de contagio de COVID 19 es latente, con el objeto de evitar riesgos en la salud de las personas que intervienen en la tramitación de este expediente administrativo, notifíquese con la presente providencia: **a)** Al operador económico INDUSTRIA DE SERVICIOS Y NEGOCIOS INMOBILIARIOS INSERNIN C.A., en el correo electrónico marce.ruizc@yahoo.es **b)** EDWIN ELÍAS PITA



**Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado**

VERA, propietario del establecimiento HOPU; y, JENNY PATRICIA USCA ALDAZ en los correos electrónicos ecruz@cruzponceabogados.com; aolivieri@cruzponceabogados.com.- c)
A la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.-

DÉCIMO.- Continúe actuando en calidad de Secretaria de Sustanciación en el presente expediente la doctora Naraya Tobar.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

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

Dra. Naraya Tobar
SECRETARIA AD-HOC