

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

Expediente SCPM-IGT-INICPD-003-2020-R

INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES. VISTOS.- A los 13 días de noviembre de 2020, en virtud de la acción de personal N° SCPM-INAF-DNATH-0110-2019-A de fecha 22 de marzo de 2019, mediante la cual justifica mi nombramiento como de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, procedo a resolver el siguiente recurso:

I. ANTECEDENTES

- (i) El 22 de enero de 2020, mediante disposición de la IGT remitida por el SIGDO autorizó la apertura del expediente SCPM-IGT-INICPD-003-2020.
- (ii) Mediante providencia de 22 de enero de 2020, las 12h00, la INICPD dispuso el inicio de la fase de barrido de oficio por un término no mayor a treinta (30) días, contados a partir de la fecha de la providencia, de conformidad con el literal a) del artículo 21 del Instructivo de Gestión Procesal de la SCPM.
- (iii) El informe de barrido de 6 de marzo de 2020, las 16h00, mismo que en su parte pertinente la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales recomendó a la Intendencia:

“... Iniciar la fase de investigación preliminar e identificar la existencia de presuntas prácticas desleales contenidas en los numerales 2 y 9 del artículo 27 de la LORCPM, en el mercado de la miel de abeja, sin perjuicio que en el transcurso de la investigación preliminar se encuentren indicios del cometimiento de otras conductas desleales y/o otros operadores económicos.”

- (iv) La Resolución de inicio de investigación preliminar, de 11 de marzo de 2020, en el cual, la Intendencia resolvió:

“PRIMERO.- AVOCAR conocimiento del presente procedimiento administrativo, de conformidad con el literal a) del artículo 21 del Instructivo de Gestión Procesal de la SCPM.

SEGUNDO.- Acoger el Informe de Barrido elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales de fecha 6 de marzo de 2020.

TERCERO.- Abrir La investigación preliminar, la cual concluirá con un informe que no podrá ser expedido en un término mayor a ciento ochenta días (180) días, de conformidad con el literal a) del artículo 21 del Instructivo de Gestión Procesal de la SCPM.

CUARTO.- Declarar al presente proceso de investigación preliminar de carácter reservado, excepto para las partes directamente involucradas, de conformidad con el artículo 56 de la LORCPM.(...)”

- (v) La providencia de 28 de julio de 2020, a través de la cual la Intendencia requirió la colaboración del operador económico PRODUCTOS SCHULLO S.A., con la finalidad de que remita la información solicitada mediante cuestionario III.
- (vi) El escrito y anexos presentados por el operador económico Productos Schullo S.A. (en adelante Schullo o la recurrente), el 16 de agosto de 2020, signado con el número de ID. 167600, mediante el cual el operador económico solicitó la nulidad del Oficio N°. SCPM-INICPD-DNICPD-553-2020, con el cual se notificó la parte pertinente de la providencia referida ut supra.
- (vii) La providencia de 3 de septiembre de 2020, en la cual la Intendencia, entre otros atendió el escrito presentado por el operador y solicitó que remita nuevamente la información solicitada.
- (viii) El escrito presentado por el operador económico Schullo, el 14 de septiembre de 2020, signado con el número de ID. 170200, mediante el que interpuso recurso de reposición contra el oficio SCPM-INICDP-884-2020, de 3 de septiembre de 2020, en el cual la Intendencia habría negado la petición de nulidad del oficio SCPM-INICPD-DNICPD-553-2020, de 28 de julio de 2020, en adición solicitó que la Intendencia fije fecha y hora para ser escuchado.
- (ix) La providencia de 23 de septiembre por la que la Intendencia avocó conocimiento del recurso de reposición presentado por Schullo.
- (x) La providencia de 14 de octubre de 2020, en la cual la Intendencia dispuso que se lleve a cabo la reunión de trabajo solicitada por el operador económico, en la cual participaron el personal de dicha dependencia y el representante legal de la empresa y su abogado.
- (xi) Acta de reunión de trabajo de fecha 21 de octubre de 2020.

Acto impugnado

La recurrente formuló recurso de reposición en contra del oficio No. SCPM-INICPD-DNICPD-884-2020 de 03 de septiembre de 2020, en el que según el operador económico *“mediante el cual se ha negado tácitamente mi petición de nulidad del oficio SCPM-INICPD-DNICPD-553-2020 de 28 de julio 2020”*.

Sin embargo, esta Intendencia considera que el oficio suscrito por la secretaria sustanciadora, el cual hace referencia la recurrente, no constituye un acto administrativo en sí mismo, sino que éste constituye el medio de notificación del acto emitido por esta Autoridad, tanto en providencia de 28 de julio de 2020, como de 3 de septiembre de 2020.

Providencias que, en lo principal señalan lo siguiente:

INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES Expediente No. SCPM-IGT-INICPD-003-2020 SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES.- Quito D.M., 03 de septiembre de 2020. En mi calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, según la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-0110-2019-A, de 22 de marzo de 2019, dentro del expediente administrativo **No. SCPM-IGT-INICPD-003-2020**, en lo principal (...) **OCTAVO.-** Agréguese al expediente el escrito y anexos presentados por el operador económico PRODUCTOS SCHULLO, el 18 de agosto de 2020, signado con el número de ID 167600, en su atención: **8.1.-** Téngase en cuenta la autorización otorgada al Abg. Pablo Mencías Cisneros por el señor Pablo Daniel Maldonado Schullo. **8.2.-** Téngase en cuenta para futuras notificaciones los correos electrónicos dmschullo@schullo.com.ec; y pmencias@integrale.com.ec. **8.3.-** Respecto a lo mencionado por el operador económico, esta Intendencia realiza las siguientes consideraciones: **a)** El artículo 38 de la LORCPM, establece: *Art. 38.- Atribuciones.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos, ejercerá las siguientes atribuciones: 1. Realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes. Para ello podrá requerir a los particulares y autoridades públicas la documentación y colaboración que considere necesarias. 2. Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley. 3. Determinar el volumen de negocios según lo estipulado en la presente Ley (...)31. Las demás contempladas en la ley;* Por su parte el artículo 48 de dicha Ley establece: *“Art. 48.- Normas generales.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del procedimiento, podrá requerir a cualquier operador económico o institución u órgano del sector público o privado, los informes, información o documentos que estime necesarios a efectos de realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate.(...). En concordancia el artículo 49 de la LORCPM ordena: “Art. 49.- Facultad de investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos internos, tendrá las siguientes facultades investigativas, las mismas que se ejercerán en el marco de la Constitución, la ley y el respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos: 1. Exigir que se le presenten, para su examen, todos los valores, libros, comprobantes de contabilidad, correspondencia, registros magnéticos o informáticos, incluyendo sus medios de lectura, y cualquier otro documento relacionado con la conducta investigada o con las actividades inspeccionadas, sin que se pueda aducir reserva de ninguna naturaleza (...) El artículo 50 de la indicada Ley determina “Art. 50.- Obligación de colaborar con los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Toda persona natural o jurídica, pública o privada, así como las autoridades, funcionarios y agentes de la Administración Pública están obligados, sin necesidad de requerimiento judicial alguno, a suministrar los datos, la documentación, la información verdadera, veraz y oportuna, y toda su colaboración, que requiera la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y sus servidores públicos, siempre que esto no violente los derechos ciudadanos.” El inciso final del artículo 79 de la LORCPM establece: *Artículo 79.- (...) Quien no suministrarle a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la información requerida por ésta o hubiere suministrado información incompleta o incorrecta, será sancionado con una multa de hasta 500**



Remuneraciones Básicas Unificadas. Ahora bien, el operador económico señala que la entrega de la información requerida infringe principios legales y constitucionales de transparencia y juridicidad ya que la información requerida en el cuestionario III a su criterio es un secreto empresarial que en el caso de su divulgación concedería una ventaja competitiva a su competencia. En este sentido, esta Intendencia recuerda al operador económico que el artículo 3 de Reglamento a la LORCPM establece: “Art. 3.- *Confidencialidad de la información.- La información y documentos que haya obtenido la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en la realización de sus investigaciones podrán ser calificados de reservados o confidenciales, de oficio o a solicitud de parte interesada. La Superintendencia establecerá el instructivo para su tratamiento en el marco de la Constitución y la ley*”. Por su parte el artículo 56 de la LORCPM ordena: “*El proceso previo a la investigación, así como la fase investigativa serán de carácter reservado, excepto para las partes directamente involucradas.*” Finalmente, el artículo 47 de la indicada norma establece la obligación de guardar reserva y confidencialidad de la información so pena de responsabilidad civil, penal o administrativa: “Art. 47.- *Deber de secreto y reserva.- Quienes tomaren parte en la realización de investigaciones o en la tramitación de procedimientos o expedientes previstos en esta Ley o conocieren tales expedientes por razón de su cargo, labor o profesión, están obligados a guardar confidencialidad, reserva y secreto sobre los hechos de que hubieren tenido conocimiento a través de ellos, en aplicación de las normas de este capítulo. La obligación de confidencialidad y secreto se extiende a toda persona que en razón del ejercicio de su profesión, especialidad u oficio, aun cuando no formare parte de la Superintendencia, llegare a conocer de información contenida en los expedientes, investigaciones y denuncias fundadas en las disposiciones de la presente Ley y en las leyes y reglamentos de la materia. Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales, que pudieren corresponder a los infractores del deber de sigilo, confidencialidad o secreto, la violación de este deber se considerará como causal de destitución. Sólo podrán informar sobre aquellos hechos o circunstancias a los Jueces, Tribunales y Organos competentes de la Función Judicial y sólo por disposición expresa de juez o de los jueces que conocieren un caso específico, Función que mantendrá la confidencialidad de la información*”. Por lo que la información solicitada al operador económico por esta autoridad en el cuestionario III se encuentra legalmente protegida y no puede ser divulgada a posibles competidores so pena de responsabilidades civiles, penales o administrativas, razón por la que, el legislador dispuso que, de conformidad con el artículo 49 de la LORCPM sobre la información solicitada por esta autoridad no se puede aducir reserva de ninguna naturaleza. Finalmente, en relación de la argumentación del operador económico respecto de la falta de motivación de actos administrativos resulta importante anotar que el máximo organismo de control constitucional en la sentencia N.º 004-16-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1469-12-EP expresó: “*Es así que la motivación, como garantía del debido proceso, contiene tres criterios para su cumplimiento efectivo que deben verificarse: 1) Razonabilidad; 2) Lógica y, 3) Comprensibilidad. En relación a estos, la Corte Constitucional ha señalado previamente lo siguiente: ... la razonabilidad implica que la decisión se encuentre fundada en normas constitucionales y en normas legales que sean pertinentes al caso concreto, y que en tal virtud los argumentos del órgano judicial no contradigan estas. Por su parte, la lógica exige que las decisiones judiciales se encuentren estructuradas en un orden lógico, es decir, que exista una debida coherencia entre las premisas que conforman una decisión, las cuales deberán guardar relación con la decisión final del caso. Finalmente, la comprensibilidad establece que las decisiones judiciales tienen que ser elaboradas en mi lenguaje claro y legible, que pueda ser asimilado efectivamente, no solo por las partes procesales, sino también por toda la sociedad en general...* En el caso nos atañe, de conformidad con lo dispuesto en el artículo



335 de la Constitución de la República, los artículos 25, 26, 27, y 56, de la LORCPM, esta Intendencia se encuentra investigando el mercado de la miel de abeja, por lo que en aplicación del artículo 5 de la LORCPM requiere contar con la información requerida a los operadores económicos participante del mercado en el indicado Cuestionario No. III, por tal razón, de conformidad con el artículo 2 de la LORCPM que establece el ámbito de aplicación de la norma así como los artículos 213, 226 de la CRE y 38, 48, 49 y 50 de la LORCPM, que prevén el marco relativo a las facultades de investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), esta Autoridad vuelve a requerir la colaboración del operador económico PRODUCTOS SCHULLO, con el fin de que en el término de 5 días contados a partir de la notificación de la presente providencia, remita la información contenida en el cuestionario No. III. Esta información deberá ser ingresada en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, ubicada en la Av. de los Shyris N44-93 y Río Coca, Edificio Ocaña o en el caso de que los documentos sean suscritos con firma electrónica emitida por una entidad debidamente autorizada por la ARCOTEL, puede ingresarlo a través de la ventanilla virtual, disponible en la página web www.scpm.gob.ec/sitio/. Para cualquier duda, comunicarse con los funcionarios Heber del Rosario, en los correos heber.delrosario@scpm.gob.ec; y, gabriela.arias@scpm.gob.ec. (...) **DECIMO TERCERO.-** Continúe la Abg. Nathally Sarmiento como Secretaria de Sustanciación dentro del presente procedimiento administrativo **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

A fin de otorgar claridad respecto de los antecedentes de la presente resolución, la Intendencia cita la providencia de 28 de julio de 2020

INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES Expediente No. SCPM-IGT-INICPD-003-2020 SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES.- Quito D.M., a los 28 de julio de 2020. En mi calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, según la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-0110-2019-A, de 22 de marzo de 2019, dentro del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-003-2020, en lo principal DISPONGO: **PRIMERO.-** Agréguese el cuestionario II y III elaborados por la Econ. Victoria Santamaría y aprobados por la Econ. Gabriela Arias Barros, Directora Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales. **SEGUNDO.-** De conformidad con los artículos 49 y 50 de la LORCPM, que prevén el marco relativo a las facultades de investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), esta Intendencia requiere la colaboración de JOSÉ SANTOS DE LA CRUZ ANDAGOJA (APÍCOLA RUIZ), DIEGO TUQUERES (APÍCOLA SEBASTIÁN), RODRIGO VICENTE SALAZAR, JULIAN MARROQUI, JAIME TORO ROBAYO VANESSA NATALY CADENA, ROSA MIRANDA ZAPATA, LIBIA RODRIGUEZ ROSALBA BARBA, CARLOS MAURICIO DAVALOS GUEVARA (UYAMA FARM), con la finalidad de que en el término de 15 días remita en formato digital sin restricciones a esta Autoridad, la información contenida en el cuestionario II adjunto a la presente providencia. Esta información deberá ser ingresada en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, ubicada en la Av. de los Shyris N44-93 y Río Coca, Edificio Ocaña o en el caso de que los documentos sean suscritos con firma electrónica emitida por una entidad debidamente autorizada por la ARCOTEL, puede ingresarlo a través de la ventanilla virtual, disponible en la página web www.scpm.gob.ec/sitio/. Para cualquier duda, comunicarse con los funcionarios Heber del Rosario o Gabriela Arias, al teléfono (02) 395 6010 ext. 1327 y ext. 1020 o los correos heber.delrosario@scpm.gob.ec; maria.santamaria@scpm.gob.ec; y,



gabriela.arias@scpm.gob.ec. **TERCERO.- De conformidad con los artículos 49 y 50 de la LORCPM, que prevén el marco relativo a las facultades de investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), esta Intendencia requiere la colaboración de** JOSE EUDORO CABRERA CABRERA, CARLOS VIRGILIO ECHEVERRÍA PAREDES, INDUSTRIAS REUNIDAS CÍA. LTDA. INDUNIDAS LABORATORIOS INDUNIDAS, DIANA EMMA RODRIGUEZ CASTRO, VIRGINIA VERÓNICA ILLERA SANLUCAS, FOREVER LIVING PRODUCTOS DEL ECUADOR S.A., LUIS MARCELO PROCEL BORJA, TERRAFERTIL S.A., CEDRAX S.A., **PRODUTOS SCHULLO S.A.,** GUAÑA IGUAGO LUIS OSWALDO, CARRERA CASTILLO GLORIA MAYERLY, HIDALGO VINUEZA MARIA JOSE (APIARIOS ALEJANDRÍA), BRAVOMALO MEJIA MIGUEL ANGEL, JOSE SANTOS DE LA CRUZ ANDAGOJA (APÍCOLA CRUZ), DIEGO TUQUERES (APÍCOLA SEBASTIAN), RODRIGO VICENTE SALAZAR, JULIAN MARROQUI, JAIME TORO ROBAYO, VANNESSA NATALY CADENA, ROSA MIRANDA ZAPATA, LIBIA RODRIGUEZ ROSALBA BARBA, Página 2 de 2 CARLOS MAURICIO DAVALOS GUEVARA (UYAMA FARM), **con la finalidad de que en el término de 15 días remita en formato digital sin restricciones a esta Autoridad, la información contenida en el cuestionario III adjunto a la presente providencia. Esta información deberá ser ingresada en la Secretaria General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, ubicada en la Av. de los Shyris N44-93 y Río Coca, Edificio Ocaña o en el caso de que los documentos sean suscritos con firma electrónica emitida por una entidad debidamente autorizada por la ARCOTEL, puede ingresarlo a través de la ventanilla virtual, disponible en la página web www.scpm.gob.ec/sitio/. Para cualquier duda, comunicarse con los funcionarios Heber del Rosario o Gabriela Arias, al teléfono (02) 395 6010 ext. 1327 y ext. 1020 o los correos heber.delrosario@scpm.gob.ec; maria.santamaria@scpm.gob.ec; y, gabriela.arias@scpm.gob.ec.** **CUARTO.-** Agréguese al expediente el escrito y anexos presentados por el operador económico CORPORACIÓN LA FAVORITA, el 22 de julio de 2020, signado con el número de ID 165294, en su atención: 4.1. Téngase en cuenta la información remitida por el operador económico en el momento procesal oportuno. 4.2. Respecto de la solicitud de confidencialidad, una vez que esta Intendencia, a través del equipo técnico designado al presente expediente, ha identificado que la información adjunta es sensible para el operador económico, toda vez que, de ser conocida por un competidor, podría obtener ventajas competitivas injustificadas frente al titular, esta Autoridad declara confidencial el número Id. Anexo 295097, conforme lo establecido en el numeral 2 del artículo 18 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 47 de la LORCPM; el artículo 3 del Reglamento de la LORCPM; y, en aplicación de lo determinado en los artículos 3 y 4 de la Resolución N° SCPM-DS-037-2017 emitida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado el 21 de julio de 2017. 4.3. Téngase en cuenta el extracto no confidencial remitido por el operador económico. **QUINTO.-** Vuelva actuar como Secretario de Sustanciación la Abg. Nathally Sarmiento. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-. (Énfasis añadido)

Fundamentos y pretensión del recurso

Detalle y fundamento del recurso

La recurrente en su escrito que contiene el recurso de reposición, en lo principal señaló que el acto administrativo que impugna, al solicitar información a la empresa violentaría

los secretos empresariales de la compañía; transgrediría el principio de transparencia y juridicidad; y, violaría el principio de legalidad de las actuaciones de los servidores públicos.

En adición, a criterio de la recurrente el acto administrativo impugnado violaría la garantía constitucional de la motivación de los actos administrativos, así como, existiría silencio administrativo positivo respecto de los argumentos que protegen los secretos empresariales de la recurrente.

En relación a la supuesta violación de secretos empresariales de la compañía, la recurrente señaló que Intendencia habría solicitado información con sustento en los artículos 48, 49 y 50 de la LORCPM, sin embargo, según la recurrente dichas disposiciones señalan que los requerimientos de información deben contener tres elementos: 1) ser *“de conformidad con la Constitución y la ley”*, 2) *“el respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos”* y, 3) *“siempre que esto no violente los derechos ciudadanos”*.

En este orden de ideas, Schullo manifestó que la potestad de la SCPM de requerir información no es absoluta sino que tendría sus límites en la Constitución de la República del Ecuador, en particular en los artículos 66 numeral 26, 321 y 322, con relación al derecho a la propiedad; el artículo 66 numeral 15, que consagra el derecho a *“desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva”*; el artículo 283 con relación a que el sistema económico debe propender a una relación *“equilibrada entre sociedad, estado y mercado (...) para garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir”*; y, el artículo 284 que dispone que la política económica debe incentivar *“la productividad y competitividad sistémicas”* y mantener *“la estabilidad económica”*.

En este sentido, Schullo señaló que la Superintendencia habría requerido información que pondría en riesgo la propiedad intelectual de la empresa, la cual incluiría su *“know how”*, cuya *“revelación” “constituiría un auto atentado”* en contra de la compañía y pondría en riesgo el desarrollo sus actividades económicas, lo que según la recurrente *“rompe el equilibrio entre sociedad-Estado-mercado”* y *afectaría la garantía de que podamos reproducir las condiciones que hemos logrado (...) pues nadie que acceda a la información confidencial que pertenece a Productos Schullo S.A. tendrá razón para esforzarse en producir miel de abeja para ofrecer un producto mejor que el nuestro.*

En adición, la recurrente señaló que el invocar el artículo 49, numeral 1 de la LORCPM, que faculta a la SCPM el exigir documentos *“sin que se pueda aducir reserva de ninguna naturaleza”*, marginaría los principios y derechos constitucionales de la empresa y equivaldría a negar la existencia de la propiedad intelectual de los secretos empresariales, cuyo valor comercial justificaría la presencia y lugar de los operadores económicos en el mercado.

Al respecto, la recurrente señaló que no desconoce el derecho de la SCPM de requerir información, por el contrario, lo que impugnaría sería un ejercicio de este derecho fuera

de los límites constitucionales. En particular, la recurrente señaló que en el “acto administrativo” no menciona las medidas efectivas que la SCPM habría adoptado para asegurar el cumplimiento de esas obligaciones legales de confidencialidad de información y que, si bien una posible divulgación de información podría generar acciones judiciales, entre ellas la penales, sería difícil determinar que servidor público habría sido el responsable.

Por otra parte, señaló que *“no basta con enunciar o transcribir las normas que supuestamente garantizan la reserva y confidencialidad para que quede justificada la entrega exigida si no media un juicio lógico de las razones que legitiman tal enunciación”* y citó la sentencia No. 2453-16-EP/19, dictada por la Corte Constitucional de 02 de octubre de 2019.

En este sentido indicó que *“la SCPM ha invocado sus facultades de investigación y los deberes de reserva y confidencialidad de los servidores de la SCPM junto con las sanciones respectivas ante su violación, pero ello no es suficiente para explicar que la facultad de la SCPM de requerir información no es absoluta sino que está delimitada por la Constitución, la ley y el respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos”* y añadió que existiría un vicio de motivación, por lo que el acto impugnado, según la recurrente, adolecería de nulidad.

En otro orden de ideas, con relación la supuesta violación al principio de transparencia y juridicidad, la recurrente cito dos sentencias constitucionales y señaló que el “acto administrativo” impugnado no realiza análisis alguno respecto de los principios de transparencia y juridicidad lo que, a su criterio, constituye un vicio de motivación.

En relación con la supuesta vulneración a la garantía de motivación de resoluciones, la recurrente señaló que la Corte Constitucional abandonó la línea jurisprudencia de la exigencia que las resoluciones públicas cumplan con el requisito de razonabilidad, lógica y comprensibilidad y que desde el año 2019, el máximo órgano de control constitucional reconocería que la motivación se define por “sentido negativo” y procedió a citar una sentencia de la Corte Constitucional, con la que sustenta que la Corte utiliza un sistema de “criterio mínimos” que exige la enunciación de normas y la explicación de su pertinencia, lo que a su criterio generaría un vicio de motivación del acto impugnado.

Finalmente, en relación con la supuesta violación del principio de legalidad de las actuaciones de los servidores públicos, Schullo señaló que la información que fue requerida *“además de secreto empresarial, constituye objeto de un estudio de mercado”* y que en tal virtud *“según la LORCPM los estudios de mercado los puede realizar la SCPM a partir de información requerida a “los particulares”* y procedió a citar los artículos 25, 38 y 50 de la LORCPM.

En particular, la recurrente señaló ciertas diferencias que a su criterio existen entre “los particulares y “operadores económicos” y con sustento en dichas diferencias señaló que la SCPM excedería sus atribuciones y violaría el principio de legalidad consagrado en el

artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, al haber hecho requerimientos de información al operador económico Schullo S.A., que solo podrían haber sido realizados a un particular, además agregó que *“tan cierto es que Productos Schullo S.A. no es un particular que el acto administrativo que impugno la califica como ‘operador económico’ seis (6) veces”*.

Por otra parte, la recurrente señaló que existen fallos constitucionales que consideran que la garantía de la motivación exige que se aborden todas las pretensiones y que se analicen las alegaciones del accionante, en este sentido señaló *“que no hay una línea en el acto administrativo que ahora impugno que dedique mención, mucho menos análisis, a mi argumento de violación del principio de legalidad por realizar estudios de mercado a partir de información requerida no a un particular sino a un operador económico como lo es Productos Schullo S.A. Tratándose de un vicio de motivación, el acto impugnado adolece de nulidad”*.

Finalmente, Schullo en relación con el supuesto silencio administrativo positivo respecto de los argumentos que protege sus secretos empresariales, señaló que dentro el expediente No. SCPM-IGT-INICPD-002-2018, el 5 de junio de 2019, habría expuesto a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales los argumentos expuestos con detalle en su reclamo administrativo y que hasta la presente fecha no habría recibido respuesta.

En tal sentido, en consideración del artículo 207 del Código Orgánico Administrativo, la SCPM habría reconocido su derecho a no entregar secretos empresariales además de no ser sujeto obligado a proporcionar información relativa a estudios de mercado.

Pretensión concreta

La pretensión concreta del recurrente es la siguiente:

... Los actos de los poderes públicos deben permitir conocer "cuáles fueron los hechos, motivos, normas y relaciones lógicas que permitieron a la autoridad judicial llegar a su decisión"⁷, así como evidenciar "que fueron tomados en cuenta los alegatos de las partes procesales". El acto que impugno carece de estas exigencias. Por lo tanto, solicito se declare la NULIDAD del Oficio No. SCPM-INICPD-DNICPD-884-2020 de 03 de septiembre de 2020, notificado a nosotros el martes 08 de septiembre de 2020, mediante el cual se ha negado tácitamente mi petición de nulidad del oficio SCPM-INICPD-DNICPD-553-2020 de 28 de julio 2020, así como la NULIDAD de este último

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES

Facultades de la Intendencia Nacional de Investigación y Control De Prácticas Desleales

Las normas contenidas en los artículos 52, 54, 213 y 335 de la Constitución de la

República, en concordancia con los artículos 66 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM), las disposiciones contenidas en el artículo 51 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, establecen que esta Intendencia es el órgano competente para conocer el recurso de reposición propuesto por el operador económico Schullo S.A.

Validez procesal

Revisado el expediente no se encuentran vicios de procedimiento que puedan generar la nulidad procesal en esta fase administrativa, por lo que esta autoridad declara su validez.-

Consideraciones previas

Pertinencia del recurso de reposición

Como un primer elemento de análisis esta Intendencia considera necesario referirse a la naturaleza jurídica del recurso de reposición.

Al respecto el recurso de reposición no tiene un desarrollo normativo en el Código Orgánico Administrativo, sin embargo, para analizar su naturaleza jurídica esta Intendencia tiene en consideración que este recurso para el tratadista Juan Carlos Cassagne¹ *“Es aquel que se deduce ante la propia autoridad que ha dictado el acto administrativo reglamento a fin de que lo revoque, derogue o modifique, según el caso, por contrario imperio. La actividad del órgano que decide el recurso consiste en volver a considerar la oportunidad del acto a raíz de la impugnación que formula el administrado”*. (Énfasis añadido)

Por su parte Agustín Gordillo enfatiza que: *“Por dirigirse el recurso a la misma autoridad que dictó el acto impugnado, la cual normalmente habrá de ratificar su postura, cabe dudar de que pueda funcionar realmente como medio de impugnación o de defensa del particular”*. (Gordillo A. 2012)

Por lo indicado el recurso de reposición tiene por finalidad que la autoridad que emitió el acto administrativo pueda volver a conocerlo a fin de que, de ser el caso, sea ratificado, revocado, derogado o modificado.

Al respecto, el artículo 173 de la CRE determina la posibilidad de que los actos administrativos sean impugnados:

“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.”

¹ También conocido como recurso de reconsideración P.99
https://docs.google.com/document/d/181sbKBfJoOcXei34fiVgWoYNVuOxyUloDpg_rCzIa6A/preview

Ahora bien, el COA define al acto administrativo como:

*“Art. 98.- Acto administrativo. **Acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales**, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo.” (Énfasis añadido)*

En este orden de ideas, en el caso concreto es necesario entender cuál es la naturaleza de la fase de investigación del presente expediente que sustancia esta Autoridad; ya que, el requerimiento de información realizado a través de providencias no tiene por finalidad establecer una sanción o generar efectos jurídicos perjudiciales a los operadores económicos requeridos.

Por el contrario, las providencias dictadas el 28 de julio y 3 de septiembre de 2020, conforme lo establecido en la LORCPM, su reglamento y el Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, corresponden al ejercicio de la facultad que tiene esta Intendencia dentro de los expedientes de investigación a fin de determinar posibles indicios de conductas desleales cometidas por uno o varios operadores económicos en un mercado analizado.

Es decir, dichos requerimientos tienen por objeto el permitir el ejercicio de las competencias de la Intendencia como órgano de investigación.

Al respecto, de conformidad con el artículo 5 de la LORCPM, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (en adelante SCPM), 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.

En otras palabras, lo actuado hasta el momento por esta Autoridad no ha generado responsabilidad perjudicial a los operadores económicos investigados; por el contrario, los requerimientos de información realizados tienen por finalidad el analizar el mercado relevante de la miel de abeja, dentro del expediente de investigación.

En relación de las actuaciones realizadas dentro de expedientes de investigación, la máxima Autoridad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en la resolución de 26 de diciembre 2018, 16h00, que resolvió negar el recurso de apelación planteado dentro del expediente de investigación N.º SCPM-IIPD-0016-2018-A-0007-2018-DS, señaló:

*“En este orden de ideas es necesario entender cuál es la naturaleza de la fase de investigación, la cual no es establecer una sanción o generar efectos jurídicos, perjudiciales al o los investigados, lo que busca esta fase, es precisamente establecer si existen indicios de responsabilidad del o los operadores económicos participantes en un mercado determinado, frente al cometimiento de una infracción a la competencia que afecte o sea apta para afectar su normal desarrollo; en este sentido, lo dispuesto **por la***

Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales constituye el ejercicio de la facultad investigativa atribuida en la Ley que rige la materia, en consecuencia constituye un acto de simple administración la doctrina a este respecto, subdivide a las actuaciones de la administración, entre otros, en actos de simple administración o de mero trámite, que son aquellos que se ejecutan a fin de proseguir con la tramitación, es decir, los que no generan efecto directo sobre el administrado; y, los actos administrativos propiamente dichos, que constituyen la expresión jurídica de la voluntad de la administración, resuelven el tema principal, o incidental, generando un efecto directo sobre el administrado, imponiéndole un gravamen o liberándole de este.”

En este sentido, respecto de lo señalado por el señor Superintendente, esta Intendencia resalta que el artículo 120 del Código Orgánico Administrativo establece:

“Art. 120.- Acto de simple administración. Acto de simple administración es toda declaración unilateral de voluntad, interna o entre órganos de la administración, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma indirecta.”

En este orden de ideas, esta Intendencia considera necesario puntualizar que, si bien la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 173 posibilita a las personas para impugnar los actos administrativos, no es menos cierto que el requerimiento de información realizados a los operadores económicos participantes en el mercado, constantes en providencia de 28 de julio y 3 de septiembre de 2020 no resuelven el fondo de la investigación, establecen responsabilidad administrativa por el cometimiento de prácticas desleales o peor aún contiene sanción alguna a operadores económicos.

En adición el artículo 49 del Instructivo de Gestión Procesal y Administrativo establece que: *“Las providencias de sustanciación y los autos interlocutorios nos será susceptibles de recursos; salvo la aclaración y/o ampliación;”*

Sin perjuicio, de que la actuación impugnada, conforme expresa la recurrente, es el oficio “No. SCPM-INICPD-DNICPD-884-2020 de 03 de septiembre de 2020 por el que se habría negado petición de nulidad del oficio SCPM-INICPD-DNICPD-553-2020 de 28 de julio 2020, ambos oficios únicamente constituyen el mecanismo de notificación de las providencia dictadas el 3 de septiembre de 2020 y de 28 de julio de 202, respectivamente, y a pesar que dichas providencias no resuelven el fondo de la investigación, ni establece sanción alguna a Schullo, esta Intendencia a fin de atender el derecho de petición del operador y en aplicación del principio de la transparencia de las decisiones emitidas por autoridades públicas procede a realizar el siguiente análisis:

Determinación de los problemas jurídicos

De conformidad con la naturaleza del recurso de reposición, a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (en adelante INICPD) le corresponde resolver el recurso y las pretensiones realizadas por la recurrente.

En aquel sentido, la INICPD considera necesario el planteamiento y posterior resolución de los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿La INICPD, en providencias de 28 de julio y 3 de septiembre de 2020, al solicitar información a la empresa, violentaría los secretos empresariales de la compañía?
2. ¿La INICPD, conforme lo dispuesto en las providencias de 28 de julio y 3 de septiembre de 2020 habría transgredido el principio de transparencia y juridicidad?
3. ¿La INICPD, por los requerimientos realizados en las providencias de 28 de julio y 3 de septiembre de 2020 violaría el principio de legalidad de las actuaciones de los servidores públicos?
4. ¿La INICPD, en las providencias de 28 de julio y 3 de septiembre de 2020 “violentaría” la garantía constitucional de la motivación de los actos administrativos?
5. ¿Existiría silencio administrativo positivo respecto de los argumentos que protegen los secretos empresariales de la recurrente?

Desarrollo

- 1. ¿La INICPD, en providencias 28 de julio y 3 de septiembre de 2020 al solicitar información a la empresa violentaría los secretos empresariales de la compañía?**

Como un primer elemento a ser considerado, tanto las providencias de 28 de julio de 2020 y 3 de septiembre de 2020, solicitan a Schullo –entre otros 21 operadores económicos²– que remitan en formato digital la información contenida en el cuestionario III, realizado por la Dirección de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

Ahora bien, es necesario señalar que a fin analizar y finalmente determinar el mercado relevante para cada expediente de investigación, los órganos de investigación requieren contar con información detallada de los participantes en el mercado a fin de poder analizar los elementos contenidos en el artículo 5 de la LORCPM, y realizar las pruebas cualitativas y cuantitativas contenidas en la resolución No. 11 dictada por la Junta de regulación, normativa de aplicación obligatoria.

En este sentido, es indispensable que esta Intendencia cuente con toda la información económica que permita determinar el mercado producto, mercado geográfico, duración de la conducta desleal, y el efecto en el mercado como consecuencia de la conducta.

² En particular la providencia de 28 de julio de 2020.

En tal sentido, esta Intendencia procede a detallar el cuestionario III, realizando una explicación sucinta de la pertinencia de la información requerida en las providencias de 28 de julio y 3 de septiembre de 2020:

Cuestionario III
Productores Miel de Abeja Envasada

Remitir las provincias donde se ha distribuido el producto miel de abeja envasada para consumo humano, durante el período 2017-2019, en el siguiente formato:

Año	Mes	Nombre del Producto	Presentación	Contenido	Precio Unitario	Costo unitario	Unidades Vendidas	Volumen de ventas ³	Canal de Distribución	Provincia
-----	-----	---------------------	--------------	-----------	-----------------	----------------	-------------------	--------------------------------	-----------------------	-----------

Al respecto, esta información resulta necesaria para la definición de mercado geográfico, cuotas de participación, definición de características de los productos, canales de distribución, y pruebas de sustitución de la demanda y oferta de conformidad con las herramientas contempladas en la Resolución N°. 11 de la Junta de Regulación de la LORCPM, tales como prueba del monopolista hipotético, elasticidades de la demanda, correlación de precios, de aplicación obligatoria, y de acuerdo con los parámetros contenido en el artículo 5 de LORCPM.

Pregunta 1:

- Indicar el costo de transporte en los que ha incurrido la empresa para la comercialización de miel de abeja envasada a nivel provincial, durante el período 2017 – 2019, en el siguiente formato:

Año	Provincia	Nombre del Producto	Precio Unitario	Costos de transporte por unidad
-----	-----------	---------------------	-----------------	---------------------------------

Al respecto, esta información es necesaria para la definición de mercado geográfico, de acuerdo con los parámetros contenidos en el inciso tercero en el artículo 5 de LORCPM, ya que esta información permite conocer el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes de aprovisionamiento del producto objeto de investigación. Así como también, el alcance territorial de una posible conducta desleal.

Pregunta 2:

- Detallar los costos de producción de miel de abeja envasada para consumo humano, desagregado por unidad de producto, en el periodo 2017 - 2019.

Nombre y presentación del producto*:	
--------------------------------------	--

³ Remitir las ventas que ha realizado el operador económico en los años y productos solicitados, previa deducción del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos, conforme lo establecido en el Artículo 6 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Precio Unitario del Producto:	
Costo de Producción**	
Rubro 1:	
Rubro 2:	
Rubro 3:	

*Detallar la presentación y contenido del producto.

**En cada una de las filas correspondientes a rubros indicar el tipo de costo en el que incurre la empresa en las respectivas presentaciones con las que cuente la empresa.

Esta información es necesaria para las pruebas de sustitución de la demanda y oferta, en particular para la aplicación de las letras c), d) y f) del artículo 12 de la Resolución 11 de la Junta de Regulación de la LORCPM, esto es, identificar si los potenciales competidores tienen que incurrir en costos hundidos significativos al momento de trasladar su producción y la identificación de barreras de entrada y sin que estas conlleven altos costos operacionales.

Pregunta 3:

3. ¿Cuáles son los activos necesarios (tecnológicos, maquinaria, *know how*, entre otros) para la producción y/o comercialización de miel de abeja envasada para consumo humano?

Esta información es requerida para las pruebas de sustitución de oferta y competencia potencial SSS de conformidad con las herramientas contempladas en la Resolución 11 de la Junta de Regulación de la LORCPM, artículo 12, letra a), ya que esto permite identificar si los potenciales competidores poseen los activos materiales como inmateriales para trasladar su producción de un producto a otro; y en caso de no poseer ninguno, esta Intendencia deberá identificar, si dichos competidores podrían producirlo sin la necesidad de incurrir en costos que sean irrecuperables.

En tal sentido, la DNICPD, en la pregunta 3 del cuestionario III, consideró a manera de ejemplo para identificar los activos necesarios para la producción y/o comercialización de miel de abeja envasada para consumo humano, y señaló entre otros: tecnológicos, maquinaria, *know how*.

Es importante señalar, en este punto, que según la doctrina: “... el *know how* ha sido definido en un sentido amplio como el conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son **necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o para la organización de una unidad o dependencia empresarial...**”⁴ (Énfasis añadido)

Por lo indicado, para que esta Intendencia pueda definir si la producción y/o comercialización de miel de abeja son mercados con pocos, varios o muchos

⁴ Domínguez, M (2011) Aspecto Jurídicos de los contratos de Cesión y licencia de Know-How en derecho español. Tomado de: <https://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN10/PDFo1/122.pdf>

competidores tanto reales como potenciales, es indispensable conocer los activos que utilizan los actuales operadores, a fin de poder determinar productos sustitutos, cuotas de participación e índices conocidos de concentración como Herfindahl - Hirschman (HHI), Stenbacka y C4⁵, los cuales permiten identificar si existen condiciones de concentración y dominancia que pueda resultar en la creación o imposición de comportamientos restrictivos de la competencia.

Pregunta 4:

4. ¿Qué sistemas logísticos y canales de distribución son necesarios para la comercialización de miel de abeja envasada para consumo humano? ¿cuál es el proceso para ingresar a los mismos?

Esta información es necesaria para las pruebas de sustitución de oferta y competencia potencial SSS, de conformidad con las herramientas contempladas en la Resolución 11 de la Junta de Regulación de la LORCPM, artículo 12, letra b), esto es, identificar si los potenciales competidores deben tener la oportunidad de acceder a sistema logísticos y canales de distribución adecuados para la comercialización del producto objeto de investigación.

Pregunta 5:

5. ¿Existe algún factor que limitaría el incentivo de otras empresas para ingresar al negocio de la comercialización de miel de abeja envasada para consumo humano? (barreras de entradas, costos de inversión, entre otras).

⁵ Herfindahl - Hirschman (HHI), varía entre 0 y 10.000, valores menores reflejan una distribución de las participaciones más equitativa, mientras que valores más altos reflejan que pocas empresas concentran mayores porcentajes de la industria, la autoridad de competencia de Estados Unidos clasifica las concentraciones de mercado de acuerdo al nivel del HHI, de la siguiente manera:

HHI < 1.000, Mercado no concentrado.

< HHI < 1800, Mercado moderadamente concentrado.

1800 < HHI, Mercado altamente concentrado.

El índice Stenbacka et al es una herramienta que establece los valores a partir de los cuales una empresa ostenta una participación que le representa tener dominancia sobre el mercado. El índice se determina mediante la diferencia en la participación de mercado de los dos agentes con mayor tamaño dentro de la industria.

Los índices de CR1, mayormente conocido como Líder y los índices CR2, CR3 y CR4 son indicadores de concentración de un mercado que representan la porción de mercado que ostenta el líder del mercado o un número determinado de empresas que cuentan con las mayores participaciones de mercado, siendo, para el caso del CR1 la primera empresa, CR2 las dos primeras empresas y así sucesivamente. Esta es una medida absoluta que representa un ratio de concentración midiendo "(...) las participaciones acumuladas de k firmas" (Lis-Gutierrez, 2013, 5).

Esta información es necesaria para las pruebas de sustitución de oferta y competencia potencial SSS de conformidad con las herramientas contempladas en la Resolución 11 de la Junta de Regulación de la LORCPM, artículo 12, letras c) d) y e), estos son, identificar si los potenciales competidores tendrían altos costos operacionales, costos hundidos significativos y si contarían con incentivos económicos necesarios para producir y/o comercializar miel de abeja envasada para consumo humano.

Pregunta 6:

6. Señale el porcentaje del margen bruto y neto, obtenido durante el período 2017-2019, en la comercialización de miel de abeja envasada para consumo humano, en el siguiente formato:

Año	Nombre del Producto	Margen Bruto	Margen Neto

Esta información sirve para las pruebas de sustitución de oferta y competencia potencial SSS de conformidad con las herramientas contempladas en la Resolución 11 de la Junta de Regulación de la LORCPM, artículo 12, letra e), esto es, identificar los niveles de rentabilidad en la producción y/o comercialización de miel de abeja. Así como también, si los potenciales competidores tienen o podrían tener los incentivos económicos necesarios para producir o comercializar el producto investigado.

Pregunta 7:

7. Indicar la capacidad instalada disponible con la que cuenta la empresa para la producción de miel de abeja envasada para consumo humano:

Esta información es necesaria para las pruebas de sustitución de oferta y competencia potencial SSS de conformidad con las herramientas contempladas en la Resolución 11 de la Junta de Regulación de la LORCPM, artículo 12, letras f), esto es, conocer si los potenciales competidores tienen capacidad instalada inutilizada que pueda ser puesta en marcha sin incurrir en costos significativos.

Pregunta 8:

8. Con base en estudios de mercado o estrategias de ventas con las que cuente la empresa, indicar en una escala del 1 al 3 (en la cual, 1 es más importante, 2 medianamente importante, y 3 muy importante), el grado de importancia de los factores que influyen en la adquisición de miel de abeja envasada para consumo humano:

Nombre de la marca	
Precio	
Sabor	

8.1 ¿Qué otros factores influyen en la demanda de miel de abeja envasada para consumo humano?

8.2 ¿En la actualidad existe alguna marca de miel de abeja envasada para consumo humano posicionada en el mercado nacional?

8.3 ¿considera usted que los consumidores estarían dispuestos a probar una nueva marca de miel de abeja envasada para consumo humano?

Esta información sirve para las pruebas de sustitución de oferta y competencia potencial SSS, de conformidad con las herramientas contempladas en la Resolución N°. 11 de la Junta de Regulación de la LORCPM, artículo 12, letra g), esto es, conocer si los consumidores perciben o pueden percibir a los productos de los potenciales competidores como sustitutos válidos del producto miel de abeja, y cuáles serían los factores que inducen a la compra por parte de los consumidores.

Pregunta 9:

9. Con base en estudios de mercado o estrategias de comercialización de miel de abeja envasada para consumo humano, indicar la siguiente información:

- a. Perfil del consumidor de la miel de abeja envasada para consumo humano:
- b. Usos del producto miel de abeja envasada para consumo humano:

Usos	Marcar con una X	Posibles Sustitutos	Producto
Endulzante natural			
Aderezo para untar (tipo mermelada)			

Esta información permite a la Autoridad definir las características del público objetivo del producto investigado.

Así también, el artículo 16 de la Resolución 11 de la Junta de Regulación de la LORCPM, permite contar desde un punto cualitativo, las opiniones de clientes y competidores del sector, esto con el objeto de sustentar y validar los resultados alcanzados por las pruebas de sustitución de demanda y oferta.

De manera complementaria, el artículo 17 de la referida resolución, a fin de conocer las preferencias de consumidores o usuarios en cuanto al análisis de sustitución de la demanda, establece tomar en consideración los resultados de estudios llevados a cabo por los operadores económicos que oferten los productos investigados, entre otros.

Ahora bien, la información contenida en el cuestionario III, es fundamental para la determinación de mercado relevante de conformidad con la LORCPM, Reglamento, Instructivo y Resoluciones de Junta de Regulación de la LORCPM.

En este punto, es importante señalar que para aplicar LORCPM, es un requisito *sine qua non* la determinación del mercado relevante, esto conlleva delinear los alcances del mercado producto, geográfico, marco temporal y el efecto real o potencial como consecuencia de una conducta anticompetitiva.

En esta línea, conscientes de que ley de competencia española habría servido de inspiración para la ley ecuatoriana, la Comisión de la Unión Europea en su COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03), ha manifestado, por ejemplo, que:

La definición de mercado **permite determinar y definir los límites de la competencia entre empresas, así como establecer el marco dentro del cual la Comisión aplica la política de competencia.** El principal objetivo de la definición de mercado es **determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia** (2). La definición de mercado tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe permitir **identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva.** Desde esta perspectiva, la definición permite, en particular, calcular las cuotas de mercado, que aportan una información significativa (...) (Énfasis añadido)

Es decir, sin obtener la información para la definición del mercado relevante, la agencia de competencia no podría determinar la cuota de participación de los operadores investigados, conocer si éste tendría la capacidad real o potencial de distorsionarlo, el volumen de negocio, entre otros. Por lo que, resulta indispensable dicha definición a fin de que la agencia de competencia pueda cumplir con su objetivo de, entre otros, 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.

Ahora bien, como se puede evidenciar la información requerida por esta dependencia tiene por finalidad el poder analizar el mercado relevante y la participación de sus operadores económicos, a fin de que en aplicación del principio de la realidad –contenido en el artículo 3 de la LORCPM– evidenciar la posible existencia o no de prácticas desleales prohibidas y sancionadas en el marco de la Ley en dicho mercado.

En tal sentido, el artículo 37 de la LORCPM establece la finalidad de la SCPM, en particular establece:

Art. 37.- Facultad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado **asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley;** y el control, la autorización,



y de ser el caso la sanción de la concentración económica. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación. (Énfasis añadido)

En tal sentido, el legislador, consciente del rol fundamental que tiene la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en el buen funcionamiento del mercado otorgó amplias facultades legales, así como competencias para llevar a cabo una correcta investigación y control.

En particular, la Ley establece entre las atribuciones de la SCPM las siguientes:

Art. 38.- Atribuciones.-

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos, ejercerá las siguientes atribuciones: (...)

2. Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley.

3. Determinar el volumen de negocios según lo estipulado en la presente Ley. (...)

8. Aplicar las sanciones establecidas en la presente Ley. (...)

31. Las demás contempladas en la ley.

Para el ejercicio de sus atribuciones, la Superintendencia actuará de oficio o a petición de parte y podrá requerir la documentación e información que estime pertinente en cualquier etapa procesal. (Énfasis añadido)

Art. 48.- Normas generales.- **La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del procedimiento, podrá requerir a cualquier operador económico o institución u órgano del sector público o privado, los informes, información o documentos que estimare necesarios a efectos de realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate.**

A esos efectos la Superintendencia podrá examinar, recuperar, buscar, utilizar y verificar tales documentos e información, obtener copias o realizar extractos de ellos. Esos informes o documentos deberán ser suministrados dentro del plazo que la Superintendencia determine. (...)

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene la potestad de acceder, revisar, archivar, procesar y utilizar cualquier dato, que de modo exclusivo corresponda a la información y documentos pertinentes al proceso administrativo, respetando el derecho constitucional a la protección de esta información, para las investigaciones, casos o resoluciones dentro de su competencia, de conformidad con la Constitución y la ley. (...) (Énfasis añadido)

Art. 49.- Facultad de investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos internos, tendrá las siguientes facultades



investigativas, las mismas que se ejercerán en el marco de la Constitución, la ley y el respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos:

1. Exigir que se le presenten, para su examen, todos los valores, libros, comprobantes de contabilidad, correspondencia, registros magnéticos o informáticos, incluyendo sus medios de lectura, y cualquier otro documento relacionado con la conducta investigada o con las actividades inspeccionadas, sin que se pueda aducir reserva de ninguna naturaleza. (...)

Cualquier otra información no relevante o ajena a la investigación, será mantenida hasta su devolución, con estricta reserva por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y sus funcionarios, siendo por tanto responsables del sigilo en que debe mantenerse en observancia del derecho a la intimidad de las personas. (Énfasis añadido)

Por su parte, el artículo 50 establece que:

Art. 50.- Obligación de colaborar con los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. “[T]oda persona natural o jurídica, pública o privada, así como las autoridades, funcionarios y agentes de la Administración Pública están obligados, sin necesidad de requerimiento judicial alguno, a suministrar los datos, la documentación, la información verdadera, veraz y oportuna, y toda su colaboración, que requiera la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y sus servidores públicos, siempre que esto no violente los derechos ciudadanos”⁶ (...).

En este sentido, resulta evidente que la SCPM tiene la facultad legal de requerir información a los distintos operadores económicos, la cual incluye aquella de carácter económica y de su funcionamiento en el mercado; así, el artículo 38 de la LORCPM establece que esta autoridad **“podrá requerir la documentación e información que estime pertinente en cualquier etapa procesal.”**, artículo que concuerda con el artículo 48 que establece: **La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del procedimiento, podrá requerir a cualquier operador económico o institución u órgano del sector público o privado, los informes, información o documentos que estimare necesarios a efectos de realizar sus investigaciones, (...).**

Finalmente, el artículo 49 de la LORCPM establece entre las facultades de investigación de la SCPM el: **“1. Exigir que se le presenten, para su examen, todos los valores, libros, comprobantes de contabilidad, correspondencia, registros magnéticos o informáticos, incluyendo sus medios de lectura, y cualquier otro documento relacionado con la conducta investigada o con las actividades inspeccionadas.”**

⁶ Artículo que es concordante con el artículo 64 del Reglamento a la Ley que establece:

Art. 64.- Etapa de investigación.- El órgano de investigación podrá requerir a cualquier operador económico, institución u órgano del sector público o privado, los informes, información o documentos que estimare necesarios a efectos de realizar sus investigaciones y realizará cuantas actuaciones, procedimientos y análisis resulten necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades de conformidad a las facultades establecidas en la Ley.

La información solicitada deberá ser proporcionada en el término que se señale en el requerimiento de información y de no ser el caso se aplicarán las multas y sanciones que establece la Ley.

En este orden de ideas, conforme ha sido expresado en la presente resolución, el expediente de origen SCPM-IGT-INICPD-003-2020 es un expediente de investigación, que se encuentra en etapa preliminar y tiene por finalidad el encontrar posibles indicios de conductas desleales en el mercado de miel de abeja.

Por lo que, a fin de realizar el análisis de mercado relevante exigido en la LORCPM, esta Intendencia en uso de sus facultades legales requirió información económica y del funcionamiento de por lo menos 21 operadores económicos en el mercado analizado, entre los que se encuentra la recurrente, información que conforme fue explicado en los primeros párrafos del problema jurídico resulta necesaria para la adecuada determinación mercado relevante, de conformidad con el artículo 5 de la LORCPM y la Resolución N° 11 dictada por la Junta de Regulación.

Al respecto, la recurrente en su escrito de denuncia señaló que las solicitudes de entrega de información realizadas por la SCPM deben cumplir con los elementos de: "1) de ser en conformidad con la Constitución y la ley", 2) *el respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos*" y, 3) *"siempre que esto no violente los derechos ciudadanos"*.

En tal sentido, conforme fue expresado, la Intendencia actuó en estricto apego a la Constitución de la República –en particular de los artículos 52, 54, 213 y 335– así como de la LORCPM –en sus artículos 38, 48 y 49–. En consecuencia, la información solicitada tiene por finalidad el análisis y eventual determinación del mercado relevante; por lo que, mediante la actuación legítima de sus deberes legales, la solicitud realizada por esta Autoridad no constituye violación a los derechos de los ciudadanos.

En este orden ideas, esta entidad conoce que las facultades otorgadas por el legislador en la LORCPM no tienen el carácter de absolutas y por el contrario se encuentra limitado por la Constitución de la República y la Ley, en tal virtud, esta Intendencia no ha solicitado información de carácter personal o confidencial conforme lo dispone el artículo 6 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública⁷, por el contrario, esta Autoridad únicamente ha requerido información relevante para el expediente de investigación, conforme las facultades contenidas en la LORCPM.

En relación con lo indicado, la recurrente señala que los límites constitucionales serían: el derecho a desarrollar actividades económicas (art 66, numeral 15 de la Constitución),

⁷ LOTAIP: Art. 6.- Información Confidencial.- Se considera información confidencial aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales, especialmente aquellos señalados en los artículos 23 y 24 de la Constitución Política de la República. El uso ilegal que se haga de la información personal o su divulgación, dará lugar a las acciones legales pertinentes. No podrá invocarse reserva, cuando se trate de investigaciones que realicen las autoridades, públicas competentes, sobre violaciones a derechos de las personas que se encuentren establecidos en la Constitución Política de la República, en las declaraciones, pactos, convenios, instrumentos internacionales y el ordenamiento jurídico interno. Se exceptúa el procedimiento establecido en las indagaciones previas

el derecho a la propiedad y en particular a la propiedad intelectual (artículos 66, 26, 321 y 322 de la Constitución); así como, las disposiciones constitucionales como al equilibrio entre sociedad Estado y mercado que debe propender el sistema económico (artículo 283 de la Constitución) y los objetivos de la política económica de incentivar a la productividad y competitividad sistémicas" mantener "la estabilidad económica".

En particular, Schullo señaló que la Superintendencia habría requerido información que pondría en riesgo la propiedad intelectual de la empresa, la cual incluiría su "know how", cuya revelación *"constituiría un auto atentado"* en contra de la compañía y pondría en riesgo el desarrollo sus actividades económicas, lo que según la recurrente *"rompe el equilibrio entre sociedad-Estado-mercado" y afectaría la garantía de que podamos reproducir las condiciones que hemos logrado (...) pues nadie que acceda a la información confidencial que pertenece a Productos Schullo S.A. tendrá razón para esforzarse en producir miel de abeja para ofrecer un producto mejor que el nuestro.*

Al respecto, la Intendencia si bien entiende el recelo que la recurrente pueda tener respecto de la información de cada uno de los productos que comercializa, no evidencia como la entrega de la información requerida afecta su derecho a desarrollar actividades económicas, ya que la entrega de dicha información no la inhabilita de forma alguna a continuar participando en el mercado.

En igual sentido, esta Autoridad no evidencia como, mediante la información solicitada, para la determinación del mercado relevante en el expediente de investigación, extinga el derecho de propiedad en particular de la propiedad intelectual del operador económico.

En este orden de ideas, conforme señala la recurrente en su recurso de reposición parecería que mediante la entrega de la información solicitada por esta Autoridad provocaría la "revelación" de secretos.

Al respecto, resulta importante anotar que el Reglamento a la LORCPM, en su artículo 3 establece:

Art. 3.- Confidencialidad de la información.- La información y documentos que haya obtenido la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en la realización de sus investigaciones podrán ser calificados de reservados o confidenciales, de oficio o a solicitud de parte interesada. La Superintendencia establecerá el instructivo para su tratamiento en el marco de la Constitución y la ley".

En tal virtud, toda la información que sea recabada en los expedientes de investigación que tenga el carácter de sensible para los operadores económicos es declarada confidencial y mantenida en un folio o cuerpo independiente al folio reservado del expediente, resaltando que a la parte confidencial no puede acceder ningún operador económico o participante del mercado, lo indicado se encuentra dispuesto en los

artículos 3 y 4 de la resolución SCPM-DS-037-2017, que tiene el carácter de pública, por estar publicada en el Registro Oficial No. 87, de 26 de septiembre de 2017.⁸

En particular las indicadas disposiciones establecen:

Artículo 3.- Clasificación de la información.- La información que ingrese, se obtenga y se gestione, se la clasificará por parte del área administrativa que la requiera u obtenga, sea de oficio o a petición de parte, como información reservada, confidencial y administrativa.

Artículo 4.- Información Confidencial.- La información catalogada con carácter de confidencial es aquella derivada de los derechos personalísimos y fundamentales, cuya divulgación puede ocasionar graves perjuicios al titular de sus datos personales, secretos comerciales, estrategias de mercadeo, estrategias de marketing y en información que si llegara a conocimiento de terceros puede conceder ventajas o beneficios injustificados en materia de competencia.

Para lo cual esta información se declarara con carácter confidencial, de oficio o a petición de parte, conforme lo establecido en Constitución de la República del Ecuador; Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; su Reglamento de Aplicación y demás normas conexas.

Finalmente, como fue indicado en la providencia de 3 de septiembre de 2020, los servidores públicos y cualquier persona que tenga acceso a los expedientes de investigación, de conformidad con el artículo 47 de la LORCPM, tienen la obligación de guardar secreto y reserva de la información contenida y tendrán responsabilidades responsables civiles, penales y administrativas en caso de infringir el deber de sigilo.

En tal sentido, el propio legislador en el artículo 49 de la LORCPM dispuso que la SCPM tiene la facultad de exigir documentos *"sin que se pueda aducir reserva de ninguna naturaleza"*, situación que tiene especial importancia en consideración que esta Intendencia maneja un promedio de 30 expedientes de investigación, en los cuales existe una multitud de operadores económicos a los que se requiere información de manera continua y en la que los servidores cumplen con su deber de guardar reserva y confidencialidad de la información que manejan en los expedientes.

Por lo que esta Intendencia no evidencia que exista en los requerimientos impugnados por la recurrente un desequilibrio entre la sociedad, Estado y mercado, o se irrespete las políticas consagradas en la Constitución del sistema económico.

Por el contrario, la SCPM mediante el ejercicio las facultades de control contenidas en la LORCPM, el Estado busca incentivar la competitividad de los operadores económicos en el mercado eliminando aquellos actos anticompetitivos –incluyendo prácticas desleales–

⁸ La indicada resolución actualmente se encuentra derogada para futuros casos por la Resolución N°. SCPM-DS-2020-041, de 5 de octubre de 2020, norma que contempla similar regulación respecto de confidencialidad y reserva de la Información.

que pueda existir lo indicado con fundamento en el artículo 335 de Constitución de la República.

Finalmente, en relación con el argumento expresado por Schullo respecto de que el oficio que contiene la providencia dictada el 3 de septiembre de 2020 existiría un vicio de motivación por lo que adolecería de nulidad, esta Intendencia procederá a desarrollar este punto en el cuarto problema jurídico de la presente resolución.

2. ¿La INICPD, conforme lo dispuesto en las providencias de 28 de julio y 3 de septiembre de 2020 habría transgredido el principio de transparencia y juridicidad?

En relación con este punto, la recurrente se limitó a indicar que la garantía de la motivación exige *“que se aborden todas las pretensiones y que se analicen las alegaciones de (Sic) accionante”* y señaló que en el acto administrativo que impugna no contiene tratamiento alguno sobre el argumento de que *“el requerimiento de información transgrede el principio de transparencia y juridicidad”*; lo que a su criterio constituye un vicio de motivación.

A fin de otorgar mayores elementos, esta Autoridad se referirá al escrito de 18 de agosto de 2020, sobre el cual, el hoy recurrente manifestó su negativa de atender lo solicitado en el oficio y providencia de 28 de julio de 2020.

En particular, señaló que los límites que el Derecho ha impuesto a la facultad discrecional de la SCPM para requerir información se encontraría en el artículo 49 de la LORCPM, el cual señala que *“esté relacionado con la conducta investigada”* y que en la providencia no existiría identificación de la conducta investigada, a cuyo conocimiento, según la recurrente, tendría derecho en virtud de la motivación de los actos administrativos.

En adición señaló que el artículo 50 de la LORCPM establece el deber de las personas naturales y jurídicas de colaborar con los requerimientos de información de la SCPM *“siempre que esto no violente los derechos de los ciudadanos”* y que la información requerida constituye en esencia, propiedad intelectual de su propiedad.⁹

En particular, el recurrente manifestó que se le habría requerido en relación a su producto miel de abeja: 1) costos de transporte; 2) costos de producción; 3) know how; 4) sistemas logísticos; 5) canales de distribución; 6) márgenes de utilidad; 7) capacidad instalada de la compañía; 8) estrategias de ventas; y, 9) estrategias comerciales, la cual tendría la característica de secreto empresarial ya que *“es información no divulgada, la venimos usando y la usamos en una nuestra actividad productiva, no es general ni fácilmente accesible, tiene un valor comercial efectivo y nuestra compañía ha adoptado medidas para mantenerla secreta”*.

⁹ La cual a su criterio está contenida en el artículo 27 de la LORCPM.

En este sentido, la recurrente señaló que la información tendría el carácter de secreta incluso en virtud de los artículos 45 y 546 del Código de Trabajo y que su divulgación significaría conceder una ventaja competitiva a los otros participantes del mercado.

En consecuencia, señaló que el requerimiento de información realizado transgrediría el principio constitucional de transparencia en el obrar de la Administración Pública y el principio legal de juridicidad de las actuaciones administrativas, así como violentaría los secretos comerciales de Productos Schullo S.A.

Ahora bien, esta Intendencia tiene en consideración que, en relación al principio de transparencia, la Constitución de la República establece: *“Art. 227.- La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”*.

Por su parte el Código Orgánico administrativo determina: *“Art. 12- Principio de transparencia. Las personas accederán a la información pública y de interés general, a los registros, expedientes y archivos administrativos, en la forma prevista en este Código y la ley”*.

Finalmente, en relación con el principio de juridicidad, el artículo 14 del COA establece: que (...) *La actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al presente Código. La potestad discrecional se utilizará conforme a Derecho*

Al respecto, esta Intendencia en el primer problema jurídico realizó un profundo análisis de las facultades legales que tiene la SCPM respecto de los requerimientos de información realizados en providencias de 28 de julio y 3 de septiembre de 2020. Sin perjuicio de lo indicado, la Intendencia procede a señalar lo siguiente:

Con relación a los límites contenidos en el artículo 49 de la LORCPM, respecto de que la información solicitada debe tener relación con la conducta investigada y que dicha conducta no habría sido identificada en la providencia de 28 de julio 2020; esta Autoridad debe indicar que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado y su reglamento distinguen que el procedimiento administrativo sancionador contiene varias fases o etapas; así, el artículo 53 de la LORCPM establece que las investigaciones pueden iniciar por denuncia, de oficio o a solicitud de otro órgano de la administración pública.

Por su parte el artículo 55 del Reglamento a la LORCPM establece el procedimiento para el inicio de los expedientes de investigación de oficio.

Ahora bien, el Art. 56 de la LORCPM, señala que: *“El proceso previo a la investigación, así como la fase investigativa serán de carácter reservado, excepto para las partes directamente involucradas”*; en este sentido, el expediente de investigación No SCPM-

IGT-INICPD-003-2020 se encuentra en una fase preliminar, por lo tanto, no existen partes directamente involucradas.

En consecuencia, el expediente No. SCPM-IGT-INICPD-003-2020, al ser un expediente de carácter reservado que se encuentra en fase de investigación preliminar y al no existir partes directamente involucradas a la fecha, esta Intendencia no puede informar de las supuestas conductas desleales investigadas.

Por el contrario, de conformidad con la Ley y su Reglamento una vez que la DNICDP emita el informe de investigación preliminar correspondiente notificará a aquellos operadores económicos sobre los cuales existan indicios del posible cometimiento de prácticas desleales, quienes de conformidad con el artículo 56 de la LORCPM tendrán acceso al expediente.

Finalmente, resulta necesario recalcar que la información requerida no tiene relación con la existencia de una posible conducta desleal en particular, por el contrario, dicha información resulta necesaria para la determinación del mercado relevante dentro del presente expediente y la misma fue solicitada a varios participantes económicos en el mercado.

Cabe indicar que, la solicitud de información necesaria para la determinación del mercado relevante, guarda relación con lo establecido en el artículo 49 de la LORCPM, esto es que la información tenga relación con las actividades inspeccionadas.

Por otra parte, con relación al argumento consistente en que el artículo 50 de la LORCPM establece el deber de las personas naturales y jurídicas de colaborar con los requerimientos de información de la SCPM *“siempre que esto no violente los derechos de los ciudadanos”*, esta Autoridad considera que conforme con lo expresado hasta el momento en el desarrollo del problema jurídico número 1, como en este, la INICPD al realizar requerimientos de información no violentó los derechos del operador económico Schullo, ya que la facultad de solicitar dicha información se encuentra contenida en la LORCPM y su reglamento, así como porque sobre toda información que sea sensible para los operadores económicos gozan de la declaración de confidencialidad que emitan los órganos de investigación.

En tal sentido, la entrega de dicha información no afecta al derecho de propiedad de la misma –incluyendo la propiedad intelectual–, no restringe el derecho a desarrollar actividades económicas, o afecta a las políticas constitucionales del sistema económico.

Tanto es así, que la LORCPM establece una obligación de reserva y secreto de la información similar al artículo 546 del Código de Trabajo citado por la propia recurrente.

Por las consideraciones anotadas, la Intendencia considera que sus actuaciones contenidas en las providencias de 28 de julio y 3 de septiembre de 2020 al estar enmarcadas en estricto apego a la Constitución de la República, la LORCPM y su

Reglamento, no infringieron los principios administrativos de transparencia y de juridicidad.

3. ¿La INICPD, por los requerimientos realizados en las providencias de 28 de julio y 3 de septiembre de 2020 violaría el principio de legalidad de las actuaciones de los servidores públicos?

En relación con la presunta violación del principio de legalidad de las actuaciones de los servidores públicos, la recurrente señaló que la LORCPM contendría ciertas diferencias que a su criterio existen entre “los particulares” y “operadores económicos” y con sustento en dichas diferencias señaló que la SCPM dentro de su “estudio de mercado” al requerir información al operador económico Schullo S.A., excedería sus atribuciones y violaría el principio de legalidad consagrado en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador.

Para fundamentar su argumentación Schullo citó los artículos 2, 25, 38, y 50 de la LORCPM, de manera separada hizo referencia los artículos 48 y 79 de la LORCPM. En tal sentido manifestó:

El contexto de las disposiciones citadas y transcritas permite concluir que "los particulares" y "operadores económicos" son dos conceptos o categorías diferentes. Si fueran lo mismo, la LORCPM:

No establecería el derecho de "los particulares" a demandar daños y perjuicio de las conductas de "los operadores económicos" (Art. 25) ;

No tendría dos disposiciones en las que se requiere información al sector público, en una mencionado junto "a los particulares" (Art. 38) y a otra mencionado junto a "cualquier operador económico" (Art. 48);y,

No habría dos regímenes sancionatorios, uno para "los particulares" (Art. 50) y otro para los "operadores económicos" (Art. 79).

Establezco estas diferencias evidentes para demostrar que la SCPM excede sus atribuciones y viola el principio de legalidad consagrado en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador al requerir a un operador económico, Productos Schullo S.A., lo que puede requerir solo de un particular. Tan cierto es que Productos Schullo S.A. no es un particular que el acto administrativo que impugno la califica como "operadoreconómico" seis(6) veces.

Al respecto, esta Autoridad considera necesario referirse al artículo 2 de la LORCPM que define los sujetos que están sometidos a la Ley:

Art. 2.- Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley **todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro**, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del

país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional. (...) (Énfasis añadido)

En tal sentido, la norma señala que los operadores económicos sujetos a las disposiciones de la Ley son tanto personas naturales como jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fin de lucro. Es decir, engloba a todas las posibilidades por las que un competidor puede participar en el mercado.

Ahora bien, la Real Academia de la Lengua Española (en adelante RAE) define a particular como:

Particular

Del lat. *particulāris*

1. adj. Propio y privativo de algo, o que le pertenece con singularidad.
2. adj. Especial, extraordinario, o pocas veces visto en su línea.
3. adj. Singular o individual, como contrapuesto a universal o general.
4. adj. Dicho de una persona: Que no tiene título o cargo oficial que la distinga de otras. U. t. c. s. Este piso lo vende un particular.

5. adj. Privado, que no es de propiedad o uso públicos.

6. adj. Dicho de un acto: Extraoficial o privado, aunque es realizado por una persona con cargo o carácter oficial o público.
7. m. Punto o materia de que se trata. Hablemos de este particular.
8. m. desus. Representación privada de una obra de teatro. (Énfasis añadido)

Por otra parte, el artículo 38, numeral 1 de la LORCPM establece: que la SCPM a través de sus órganos, ejercerá las siguientes atribuciones: “1. Realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes. **Para ello podrá requerir a los particulares y autoridades públicas la documentación y colaboración que considere necesarias.**”

En tal sentido, a esta Autoridad le resulta evidente que el legislador al incorporar una distinción respecto de que la SCPM pueda pedir información a particulares y autoridades públicas, lo realiza en consideración de la acepción 5 de la RAE, es decir para distinguir a entidades de derecho privado como público.

Igual consideración merece también lo dispuesto en el artículo 50 de la LORCPM, que establece la obligación de colaboración con los órganos de la SCPM; en particular dicho artículo dispone:

Art. 50.- Obligación de colaborar con los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- **Toda persona natural o jurídica, pública o privada, así como las autoridades, funcionarios y agentes de la Administración Pública están**

obligados, sin necesidad de requerimiento judicial alguno, a suministrar los datos, la documentación, la información verdadera, veraz y oportuna, y toda su colaboración, que requiera la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y sus servidores públicos, siempre que esto no violente los derechos ciudadanos.

Las autoridades y servidores públicos a los que se refiere el inciso precedente están obligados a prestar su colaboración y ayuda, so pena de las sanciones previstas en la ley que regule el servicio público por el incumplimiento de sus deberes esenciales y la presente Ley.

Tratándose de los particulares que no suministraren la información requerida, serán sancionados con las multas y sanciones previstas en esta Ley. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene la potestad de solicitar y practicar de oficio todas las pruebas y diligencias administrativas necesarias para el esclarecimiento de los actos, denuncias y de los procedimientos que conociere e investigare.

Es decir, dicho artículo en su inciso primero dispone que toda persona natural o jurídica, tanto de derecho público como privado, así como funcionarios y agentes de la administración pública están obligados a suministrar la información que sea requerida por la SCPM

Por su parte, el legislador en el inciso segundo y tercero del artículo 50 estableció las consecuencias derivadas del incumplimiento en la entrega de información, tanto por autoridades y servidores públicos, como de los “los particulares”; es decir, toda persona natural o jurídica de derecho privado¹⁰ como lo es el propio operador económico Schullo.

En relación con el artículo 25 de la LORCPM, al establecer el derecho de "los particulares" a demandar daños y perjuicio, abre la puerta para que los competidores –es decir, otros operadores económicos– o consumidores que se sientan afectados por la existencia de una posible práctica desleal puedan iniciar acciones de daños y perjuicios, en tanto que la SCPM tiene únicamente facultades para imponer sanciones administrativas.

Por lo anotado, esta Autoridad, no coincide con lo argumentado por la recurrente y sin perjuicio de lo indicado, la Intendencia resalta además que el expediente de origen No. SCPM-IGT-INICPD-003-2020 es un expediente de investigación que se corresponde a la naturaleza del derecho administrativo sancionador, contenido en el numeral 2 del artículo 38 y no constituye un estudio de mercado como afirma Schullo.

Por lo que, las disposiciones contenidas en los artículos 38, inciso final; 48; 49 y 50, entre otras de la LORCPM constituyen facultades de investigación de la SCPM y a su vez obligaciones que deben ser cumplidos por todos los operadores económicos requeridos¹¹.

¹⁰ Lo indicado de conformidad el inciso primero del artículo 50.

¹¹ Lo indicado en concordancia con el inciso final del artículo 55 de la LORCPM y 64 del Reglamento a la LORCPM.

En tal virtud, esta autoridad, con sus distintas actuaciones no ha infringido el principio de legalidad de las actuaciones de los servidores públicos.

4. ¿La INICPD, en las providencias de 28 de julio y 3 de septiembre de 2020 “violarían” la garantía constitucional de la motivación de los actos administrativo?

El operador económico a lo largo del escrito de su recurso indicó que el oficio que contiene la providencia de 3 de septiembre de 2020 infringe la garantía constitucional de motivación de los “actos administrativos” al considerar que, entre otros, la Intendencia debía abordar y analizar todas las pretensiones y alegaciones realizadas por Schullo en contra de la providencia de 28 de julio de 2020, en particular de aquellas realizadas respecto de la supuesta transgresión a los principios de transparencia, juridicidad y legalidad.

Así también, señaló la recurrente que esta Intendencia en la providencia de 3 de septiembre de 2020, habría invocado las facultades de investigación de la SCPM, los deberes de reserva y confidencialidad de los servidores de la institución, junto con las sanciones respectivas por incumplimiento de la entrega de la información; pero a su criterio, no sería suficiente para explicar que el derecho de requerir de la SCPM no sería absoluta y está delimitada por la Constitución, la Ley y respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos.

Con relación a la providencia dictada por esta Autoridad, el 28 de julio de 2020, la hoy recurrente, en su escrito de 18 de agosto de 2020, señaló que el requerimiento de información solo enunciaría los artículos 49 y 50 de la LORCPM, normas que sustentarían el indicado acto; sin embargo, a su criterio no contiene *“los antecedentes de hecho y tampoco la explicación de la pertinencia de las normas invocadas a tales antecedentes; desde luego, no se puede explicar cómo aplica una norma a un hecho no relatado”*.

En este sentido, Schullo señaló que los artículos 49 y 50 de la LORCPM otorgan una potestad discrecional a la SCPM, la cual no es absoluta, sino que debe ser aplicada conforme derecho y que, según el principio de interdicción de la arbitrariedad, contenida en el artículo 18 del Código Orgánico Administrativo, las potestades discrecionales no estarían exentas del “deber de motivación”.

Finalmente, el operador económico señaló que la motivación es una garantía constitucional del derecho a la defensa que, a su vez, es garantía constitucional del derecho al debido proceso, en tal sentido, la “norma constitucional” concluye que “Los actos administrativos, (...) que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos”.

Ahora bien, en relación a las actuaciones realizadas por esta Autoridad, la providencia de 28 de julio de 2020, en su parte pertinente, hizo referencia a la normativa que prevé las

facultades de requerir información por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) y procedió solicitar la información contenida en el cuestionario III.

Por su parte, ante el escrito presentado por operador económico Schullo, de 18 de agosto de 2020, la Intendencia profundizó respecto de las atribuciones de la SCPM, de conformidad con la Constitución y la Ley en el marco de sus expedientes de investigación, el deber de guardar secreto respecto de la información contenida en los expedientes de investigación, así como la obligación de los administrados en la entrega de la información requerida.

En adición, en dicha providencia esta dependencia citó la sentencia N.º 004-16-SEP-CC, dictada por la Corte Constitucional dentro del caso No. 1469-12-EP y procedió a aclarar que la Intendencia se encuentra investigando el mercado de la miel de abeja y en tal virtud solicitó la cooperación de los operadores económicos participantes del mercado. Lo indicado con la finalidad de que se remita la información contenida en el Cuestionario No. III, adjunto a la providencia de 28 de julio de 2020; y en tal razón, solicitó nuevamente a Schullo que proceda a entregar la información contenida en el indicado cuestionario.

Por otra parte, en el presente caso, la Intendencia considera necesario resaltar que el Expediente SCPM-IGT-INICPD-003-2020 se encuentra en una fase preliminar y a la fecha no ha sido dictada la resolución de inicio investigación, de conformidad con lo establecido en el artículo 55 del reglamento a la LORCPM y 56 y siguientes de la LORCPM.

Situación que reviste de importancia además porque el artículo 56 de la LORCPM establece que el proceso previo a la investigación, así como la fase investigativa serán de carácter reservado, excepto para las partes directamente involucradas y que en el presente caso al ser un expediente de investigación en etapa preliminar no existen a la fecha partes directamente involucradas.

En otro orden de ideas, esta Autoridad destaca los abundantes precedentes jurisprudenciales constitucionales citados por la recurrente, los cuales desarrollan y profundizan el deber de motivación de las resoluciones de los poderes públicos.

En particular, la Intendencia pone énfasis en que cada una de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional, citadas por la recurrente, tratan específicamente del deber de motivación en sentencias jurisdiccionales o de pronunciamiento que resuelven el fondo de las causas analizadas, así:

La Sentencia No. 2453-16-EP/19, del Juez Ponente Agustín Grijalva Jiménez, 02 de octubre de 2019 expresa:

28. La motivación no se agota en la mera enunciación dispersa de normas jurídicas o antecedentes de hecho **sino que obliga al juzgador a efectuar un juicio lógico que explique de manera fundamentada por qué una disposición jurídica se**

aplica a un antecedente de hecho y qué conclusiones se derivan de esta aplicación. Consecuentemente, **la motivación está orientada a evitar la discrecionalidad y arbitrariedad judicial**".

En la Sentencia No. 280-13-EP/19, Jueza ponente: Teresa Nuques Martínez, 25 de septiembre de 2019 expresa:

"33. Del precitado considerando cuarto de la sentencia en cuestión, se aprecia que no consta una explicación ni enunciación clara de normas o principios que fundamenten tal decisión. Por otra parte, si bien el Tribunal otorga una razón para desechar el petitorio, esto es que la sentencia del Tribunal Constitucional no contempló intereses por la expropiación, esta no constituye una justificación racional de lo decidido. debido a que desde un sentido lógico, no hubiera sido posible que el Tribunal disponga el pago de intereses cuando estos aún no se habrían generado, (...)

Por su parte, en la sentencia No. 689-19-EP/20, de la Jueza ponente: Karla Andrade Quevedo, de 22 de julio de 2020, es expreso su análisis respecto la tutela judicial efectiva:

20. (...) En este sentido, se evidencia que los argumentos giran en torno a la falta de tutela judicial efectiva producto de una motivación que no abordó sus pretensiones - en tanto el caso fue analizado a la luz de elementos contractuales y legales- razón por la cual al ser la motivación de las sentencias parte integral también del derecho a la tutela judicial efectiva, esta Corte considera apropiado resolver todas sus alegaciones a través de este derecho.

La sentencia No. 621-12-EP/20, del Juez ponente Enrique Herrería Bonnet, del 11 de marzo de 2020, establece:

Luego de haber revisado la sentencia impugnada, se observa que los jueces de la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha no efectuaron análisis alguno respecto de las alegaciones del accionante dentro de la acción de protección, sobre la violación de sus derechos a la propiedad, al debido proceso y a la seguridad jurídica. Basaron su decisión exclusivamente en normas que establecen que los actos administrativos pueden ser impugnados en la vía contencioso administrativa.

En este sentido, esta Intendencia evidencia que las diferentes sentencias dictadas por la Corte Constitucional resultan específicas al analizar sentencias o resoluciones que resuelven conflictos jurisdiccionales como de carácter constitucional.

Al respecto, la Intendencia coincide con el operador económico recurrente en que la administración pública tiene la obligación de motivar sus actuaciones, sin embargo, la carga de motivación no puede ser igual para todos los casos.

Es decir, no resulta correcto exigir el mismo deber de motivación a la administración pública que realiza un requerimiento de información a operadores económicos en el marco de sus competencias, que la motivación exigida a un juez constitucional que conoce una garantía jurisdiccional o por el contrario el deber de un tribunal de

garantías penal que resuelve la posible responsabilidad penal de un individuo en sentencia.

Tal criterio, es considerado por la actual Corte Constitucional que en sentencia No. 280-13-EP/19 señala:

30. Con las consideraciones previas no se pretende agotar de manera suficiente todas las dimensiones que configuran a la motivación. **no obstante esta Corte precisa partir de criterios mínimos para verificar la garantía o la vulneración de este derecho y que serán aplicados según las necesidades del caso en concreto sometido a conocimiento de esta Corte**". (Énfasis añadido).

Adicionalmente, resulta evidente que no todas las actuaciones administrativas son iguales, así, a modo de ejemplo la SCPM entre sus facultades investigativas se encuentran la de emitir resoluciones de apertura de investigación, el determinar la responsabilidad administrativa de un operador económico, establecer sanciones, o el conocer y resolver los recursos interpuestos contra sus actuaciones.

En tal sentido, la carga que tiene la administración para la motivación de un requerimiento de información no puede ser la misma que la que se le exige a una resolución que pone fin a un proceso de investigación o la que establece una sanción a un operador económico.

Al respecto, el Tribunal de Garantías Penales con sede en la Parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia De Pichincha, en su calidad de juez constitucional, en la sentencia dictada el 28 de noviembre del 2019 en la que resolvió la acción de protección contenida en el proceso No. 17240201900036¹² presentada en contra de una providencia emitida por esta dependencia en la cual el accionante alegaba falta de motivación del acto administrativo, señaló:

“pero más allá de aquello, y conforme lo indica la jurisprudencia, la garantía de la motivación hace alusión a toda sentencia o acto administrativo que resuelva el problema o conflictos presentados, su inobservancia acarrearía la nulidad de lo decidido, y es que resulta necesario que el juzgador explique de manera razonada, lógica y comprensible los motivos jurídicos que le llevaron a tomar su decisión; en el presente caso, en el acto administrativo impugnado, lo que se emite es una disposición de orden procedimental (...) que como se ha dicho se explica por sí sola; argumento que lleva a concluir al Tribunal, que no existe violación a la garantía de la motivación, por ello este cuestionamiento del accionante ha de desestimarse. (Énfasis añadido).

Es decir, los jueces constitucionales fueron enfáticos al señalar que la garantía de la motivación hace alusión a toda sentencia o acto administrativo que resuelva problemas o conflictos presentados, situación que no ha tenido lugar en el presente caso.

¹² Resolución que fue posteriormente ratificada en sentencia de Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia De Pichincha de jueves 20 de febrero del 2020.

En el caso concreto esta Intendencia tiene en consideración que los requerimientos de información realizados mediante providencias de 28 de julio y 3 de septiembre de 2020 a los operadores económicos participantes en el mercado de miel de abeja no resuelven el fondo de la investigación, ni establecen la responsabilidad administrativa por el cometimiento de prácticas desleales o peor aún contienen sanción alguna a ningún operador económico.

En adición, tanto las providencias de 28 de julio y 3 de septiembre de 2020 se explican por sí solas, razón por la que prácticamente la totalidad de los operadores notificados han procedido a remitir la información solicitada.

Sin perjuicio de lo anotado, en la providencia de 3 de septiembre 2020, la cual es el acto hoy impugnado, la Intendencia además explica que actualmente esta Autoridad se encuentra investigando el mercado de miel de abejas, que está facultada para solicitar información a los operadores económicos, que existe una protección legal a la confidencialidad de la información y que los operadores económicos tienen la obligación legal de entregar la información solicitada, lo anotado en consideración además de la calidad reservada que tiene el indicado expediente investigativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 55 de la LORCPM.

Por las anotaciones realizadas, la Intendencia no considera que los requerimientos de información contenidos en las providencias de 28 de julio y 3 de septiembre de 2020 infrinjan el deber de motivación de los actos conforme lo establecido en el Código Orgánico Administrativo y la Constitución de la República.

5. ¿Existiría silencio administrativo positivo respecto de los argumentos que protegen los secretos empresariales de la recurrente?

Schullo en relación a este punto señaló que dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-002-2018, el 5 de junio de 2019, mediante escrito habría expuesto a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales argumentos similares a un requerimiento de información sin recibir hasta la presente fecha respuesta, por lo que en consideración del artículo 207 del Código Orgánico Administrativo, la SCPM habría “reconocido su derecho a no entregar sus secretos empresariales” y “no ser sujetos obligados a proporcionar información relativa” a estudios de mercado.

Ahora bien, esta Autoridad tiene en consideración que el expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-002-2018, es un expediente de investigación que fue archivado mediante resolución de 30 de mayo de 2019 por la INICPD, al no haber encontrado indicios suficientes que le permitan identificar las presuntas conductas anticompetitivas investigadas..

En tal virtud, los escritos posteriores a la resolución de archivo fueron incorporados al expediente en providencia de 21 de junio de 2019, respetando el estado de la causa.

Ahora bien, el artículo Art. 207 del COA establece:

Art. 207.- Silencio administrativo. Los reclamos, solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas deberán ser resueltos en el término de treinta días, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que es positiva.

Para que se produzca el silencio administrativo, el acto administrativo presunto que surja de la petición, no debe incurrir en ninguna de las causales de nulidad prescritas por este Código.

El acto administrativo presunto que resulte del silencio, será considerado como título de ejecución en la vía judicial. Al efecto, la persona interesada incluirá en su solicitud de ejecución una declaración, bajo juramento, de que no le ha sido notificada la decisión dentro del término previsto. Además acompañará el original de la petición en la que aparezca la fe de recepción.

No serán ejecutables, los actos administrativos presuntos que contengan vicios invaliables, esto es, aquellos que incurren en las causales de nulidad del acto administrativo, previstas en este Código, en cuyo caso el juzgador declarará la inejecutabilidad del acto presunto y ordenará el archivo de la solicitud.

Por su parte, el artículo 208 del COA determina:

Art. 208- La falta de resolución en procedimientos de oficio. En el caso de procedimientos de oficio de los que pueda derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hayan comparecido deben entender estimadas sus pretensiones, por silencio administrativo.

En los procedimientos en que la administración pública ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se produce la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones

En el presente caso, el escrito presentado por el operador económico, el 5 de junio de 2019, no fue atendido por haber sido presentado cuando el expediente de investigación a la fecha ya se encontraba archivado.

En este sentido, la pretensión que realiza el operador económico respecto de que la SCPM habría reconocido su derecho a no entregar información y no ser sujeto obligado a proporcionar información relativa a estudios de mercado, no se ajusta a derecho; en tanto que, el segundo inciso del artículo 208 del COA establece que en los procedimientos administrativos susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, como en el presente caso afirma la recurrente, tiene por efecto jurídico únicamente la caducidad de las actuaciones y no la declaración de derecho alguno.

En tal sentido, el efecto jurídico producto de que la SCPM no diera respuesta a una solicitud o negativa realizada por un operador económico respecto del requerimiento

de información realizado dentro del expediente de investigación No. SCPM-IGT-INICPD-002-2018 generaría únicamente la eventual caducidad del propio requerimiento. Sin, embargo, dicha caducidad no podía producir efectos jurídicos en tanto que, al momento de la presentación del indicado escrito el expediente ya se encontraba archivado.

Finalmente, de la revisión del escrito presentado 5 de junio de 2019, esta Intendencia observa que en el mismo consta una solicitud de aclaración, y no una solicitud de nulidad de la providencia que dispuso el requerimiento realizado.

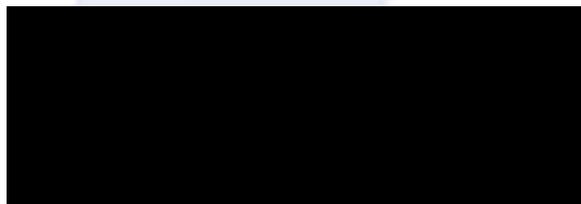
En tal virtud, la “falta” de pronunciamiento ante una “solicitud” realizada por un operador económico en un expediente archivado, –es decir la existencia del supuesto silencio administrativo– no enerva las atribuciones que tiene esta Autoridad para realizar nuevos requerimientos de información y menos aún en otros expedientes distintos; así como, tampoco extingue la obligación de los administrados de atender los requerimientos que realice la SCPM en el marco de la LORCPM.

RESOLUCIÓN.- En virtud de los antecedentes, por las consideraciones expuestas y de la potestad para resolver el presente recurso **RESUELVO:**

PRIMERO.- Negar el recurso de reposición presentado por el operador económico **PRODUCTOS SCHULLO S.A.**

SEGUNDO.- Se deja a salvo el derecho del operador económico Schulo S.A. a interponer los recursos que prevé el ordenamiento jurídico

TERCERO.- Continúe como secretario de sustanciación Continua actuando como Secretario de Sustanciación dentro del presente expediente administrativo la abogada Nathally Sarmiento V.- **NOTIFÍQUESE.-**



Abg. Pablo Carrasco Torrontegui
**INTENDENTE NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE
PRÁCTICAS DESLEALES**

