



-58-
cuenta
7
ocho

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** INICPD
- **Expediente CRPI:** SCPM-IGT-INICPD-003-2019-R
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-020-2019
- **Denunciante:** Lucy Mariela Tobar Silva
- **Denunciados:** BREM CIA. LTDA.
- **Apelante:** Lucy Mariela Tobar Silva

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 18 de octubre de 2019 a las 12h30 **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme con la acción de personal No. SCPM-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, en conocimiento del presente recurso de apelación, y en uso de mis facultades legales, considero:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- En virtud de lo dispuesto en los artículos 44 numeral 2; y, 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso de Apelación planteado.-

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.- La tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, no adolece de vicios de procedimiento, ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal; por lo que esta Autoridad declara la validez del mismo. -

TERCERO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.- La señora Lucy Mariela Tobar Silva, mediante escrito de 14 de agosto de 2019 a las 13h56, ingresado en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado con número de trámite ID 140477, interpuso Recurso de Apelación en contra de la Resolución de 16 de julio de 2019, notificada el mismo día y emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (INICPD). La recurrente ha cumplido así con el principio de oportunidad establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), en cuyo artículo 67 dispone: "(...) *El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo recurrido. (...)*" (las negrillas no son propias del texto).-

CUARTO.- ACTO IMPUGNADO.- El acto impugnado por la señora Lucy Mariela Tobar Silva es la Resolución de 16 de julio de 2019, notificada el mismo día, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, que resolvió negar el Recurso de Reposición en contra de la Resolución de archivo de 23 de abril de 2019, a las 15h00, dentro del expediente de investigación No. SCPM-IGT-INICPD-003-2019.

QUINTO.- SOBRE LA PRETENSIÓN DEL RECURRENTE.- La señora Lucy Mariela Tobar Silva, a través de su escrito de apelación solicita a esta Autoridad: "(...) *que se deje sin efecto la resolución notificada el 16 de julio de 2019 y por tanto, declare el inicio de la investigación para determinar si hubieron actos de competencia desleal por parte de la denunciada BREM*"; misma que la basa en las siguientes argumentaciones: **a)** Que la



Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales ha tomado en cuenta las alegaciones presentadas por el operador económico BREM CIA LTDA en la tramitación del Recurso de Reposición pese a que éstas fueron presentadas fuera del término otorgado; **b)** Que los artículos 25 y 26 de la LORPCM tienen una naturaleza autónoma y en consecuencia las conductas denunciadas deben ser analizadas de conformidad con los actos de denigración tipificados en el literal a) y c) del numeral cuarto del artículo 27 de la LORCPM; **c)** Que las conductas contenidas en el artículo 27 numeral 4 literales a) y c) de la LORCPM no requieren un análisis de los efectos potenciales o reales de la conducta.-

SEXTO.- CONSTANCIA PROCESAL RELEVANTE.- **a)** De la revisión del expediente de investigación signado con el **No. SCPM-IGT-INICPD-003-2019**, se evidencian las siguientes constancias procesales relevantes: **i)** Denuncia presentada por la señora Lucy Mariela Tobar Silva en contra del operador económico BREM CIA LTDA. ingresada en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 28 de febrero de 2017 a las 12h33 y signada con el número de trámite ID 126320; **ii)** Providencia de 11 de marzo de 2019 a las 12h30, por medio de la cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales dispone al denunciante que aclare y complete la denuncia; **iii)** Escrito de aclaración y complementación presentados por la señora Lucy Mariela Tobar Silva, ingresados en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 13 de marzo de 2019 a las 14h54, con número de trámite ID 127368; **iv)** Providencia de 18 de marzo de 2019 a las 14h00, mediante la cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales calificó la denuncia presentada y dispuso correr traslado con la misma al operador económico denunciado, a fin de que en el término de quince (15) días presenten sus explicaciones; **v)** Escrito de explicaciones del operador económico BREM CIA LTDA., 08 de abril de 2019 a las 12h24, signado con el número de trámite ID 129571; **vi)** Resolución de Archivo de 23 de abril de 2019 a las 15h00, mediante la cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales dispone el archivo del expediente de investigación signado con el Nro. SCPM-IGT-INICPD-003-2019; **b)** Del expediente administrativo **No. SCPM-INICPD-003-2019-R**, se observan las siguientes constancias procesales relevantes: **i)** Escrito que contiene el Recurso de Reposición presentado por la señora Lucy Mariela Tobar Silva ingresado en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 17 de mayo de 2019 a las 12h04, con el número de trámite ID 132774; **ii)** Providencia de 17 de mayo de 2019 a las 14h54, mediante la cual, la Intendencia Nacional de Investigación y de Control del Poder de Mercado, avocó conocimiento del expediente de reposición y dispuso correr traslado a las partes con el escrito que contiene el recurso, a fin de que se pronuncien; **iii)** Escrito presentado el operador económico BREM CIA LTDA., ingresado en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 27 de febrero de 2019 a las 16h29 signado con número de trámite ID 133461; **iv)** Resolución de 16 de julio de 2019 mediante la cual el abogado Pablo Carrasco Torrontegui en su calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, niega el Recurso de Reposición presentado por la señora Lucy Mariela Tobar Silva y ratifica en todas sus partes la Resolución de 23 de abril de 2019 a las 15h00; **c)** Del expediente administrativo signado con el **No. SCPM-INJ-DS-RA-020-2019**, se observan las siguientes constancias procesales relevantes: **i)** Escrito que contiene el Recurso de Apelación presentado por la señora Lucy



Mariela Tobar Silva, ingresado en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 14 de agosto de 2019 a las 13h56, signado con el número de trámite ID 140477; ii) Providencia de 21 de agosto de 2019 a las 16h30 mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado, avocó conocimiento, admitió a trámite el expediente de apelación y dispuso correr traslado al operador económico BREM CIA. LTDA., con el escrito que contiene el recurso de apelación a fin de que se pronuncie en el término de tres (3) días; iii) Escrito de alegaciones presentadas por el operador económico BREM CIA. LTDA., ingresado en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 26 de agosto de 2019 a las 15h52, signado con el número de trámite ID 141930; iv) Acta y audio de Audiencia Pública de 27 de septiembre de 2019 a las 10h30.-

SÉPTIMO.- NORMATIVA LEGAL APLICABLE.- Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar lo establecido en la norma; así, la **Constitución de la República del Ecuador -CRE-** prevé: "**Art. 75.-** Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley"; "**Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: **I.** Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...) **7.** El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) **l)** Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho; **m)** Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos"; "**Art. 82.-** El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes."; "**Art. 173.-** Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial"; "**Art. 226.-** Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley (...); "**Art. 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.". **La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado** establece: "**Art. 27.- Prácticas Desleales.-** Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: **4.- Actos de denigración.-** Se considera desleal la realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Constituyen actos de denigración, entre otros: **a)** Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones incorrectas o falsas u omitir las verdaderas, con el objeto o que tengan por efecto, real o potencial, menoscabar el crédito en el mercado del afectado. **c)**

h
d



Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones que, debido al tono de desprecio o ridículo, sean susceptibles de menoscabar el crédito del afectado en el mercado. Las conductas descritas en los literales b) y c) del presente artículo se presumen impertinentes, sin admitir prueba en contrario; Art. 44.- Atribuciones del Superintendente.- Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley (...) 2. Conocer y resolver de forma motivada los recursos que se interpusieren respecto de actos o resoluciones conforme lo previsto por esta Ley y su Reglamento (...); "Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.- Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición (...)"

OCTAVO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.- Conforme se ha indicado en el acápite quinto de la presente resolución, el operador económico pretende que esta Autoridad deje sin efecto la Resolución de 16 de julio de 2019 bajo las siguientes argumentaciones:

a) Que la INICPD ha tomado en cuenta las alegaciones presentadas por el operador económico BREM CIA LTDA., en la tramitación del Recurso de Reposición a pesar de que estas fueron presentadas fuera del término otorgado.-Respecto a este punto, de la revisión de los recaudos procesales que constan dentro del expediente investigativo signado con el número SCPM-IGT-INICPD-003-2019-R se observa que mediante providencia de 17 de mayo de 2019 a las 14h54 la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (INICPD) dispuso que se corra traslado con el contenido del Recurso de Reposición presentado por la señora Lucy Mariela Tobar Silva al operador económico BREM CIA. LTDA., a fin de que en el término de tres días presente las respectivas argumentaciones, misma que fue notificada al denunciado el 20 de mayo de 2019 a las direcciones señaladas para dicho efecto; las alegaciones fueron presentadas el 27 de mayo de 2019 a las 16h28, esto es, en un tiempo superior al concedido por el órgano de investigación, argumentos que fueron mencionados en el punto 3 de la Resolución de 16 de julio de 2019. Sin perjuicio de aquello, esta Autoridad ha podido verificar que el acto administrativo impugnado no se sustenta en los argumentos presentados por el operador económico BREM CIA. LTDA., sino en elementos constantes en el expediente de investigación principal, que incluye la información que ha sido proporcionada por las partes involucradas y que configuran la verdad procesal del mismo, sin que de aquello se desprenda ningún tipo de vulneración a los derechos de la recurrente ni que la mención de las alegaciones del operador económico BREM CIA. LTDA. hayan alterado el fondo de la decisión de la INICPD.

b) Que los artículos 25 y 26 de la LORCPM tienen una naturaleza autónoma y en consecuencia las conductas denunciadas deben ser analizadas de conformidad con los actos de denigración tipificados en el literal a) y c) del numeral cuarto del artículo 27 de la LORCPM. Respecto a esta afirmación, es necesario precisar que la LORCPM, al ser la norma especial en materia de Derecho de Competencia, establece el respectivo catálogo de conductas que constituyen infracciones a la ley y que son objeto de investigación y sanción por parte de este organismo técnico de control. Para analizar los argumentos presentados por el recurrente es necesario



enfaticar que la ley en referencia contempla las facultades, atribuciones, el ámbito de aplicación, la tipificación de infracciones y conductas anticompetitivas, así como el procedimiento de investigación y sanción. Para el ejercicio de la potestad punitiva en caso de determinar la existencia de una infracción a la ley, previamente debe existir un procedimiento investigativo a través del órgano facultado para el efecto, en este caso las intendencias, que conducen su investigación a través de la ejecución de diversas actividades apegadas a la ley, al debido proceso y al respeto de los derechos de los operadores económicos involucrados; y dentro del procedimiento se puede archivar la investigación en caso de no encontrar elementos suficientes que evidencien a prima facie el cometimiento de una práctica anticompetitiva. En este contexto, no se puede deliberadamente innovar la norma y adecuarla a cualquier conducta que se genere en el devenir del sistema propio de las negociaciones comerciales, pues, la administración está impedida de ejercer actuaciones arbitrarias que superen las competencias que la norma le ha otorgado; por lo cual, es importante tomar en consideración que la Constitución de la República del Ecuador determina en el artículo 226 que los órganos de la Administración Pública que actúan el ejercicio de la potestad estatal únicamente podrán ejercer las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. En esta línea de análisis, se torna imperante la observancia del principio de legalidad y los límites que éste impone. En virtud de aquello, si bien no se puede negar que el Derecho de Competencia constituye una rama especial de la ciencia jurídica, existen principios transversales que son los ejes fundamentales para el ejercicio de las facultades administrativas y que no pueden ser interpretados ni tergiversados por parte de la autoridad, quien durante la tramitación del expediente investigativo debe garantizar el efectivo ejercicio de los derechos de los involucrados, incluidos el derecho a la defensa y a la seguridad jurídica establecidos en los artículos 76 numeral 7 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador. Se puede colegir en este punto que la INICPD dentro del ámbito de sus competencias, está llamada a investigar aquellas prácticas que son contrarias a la libre competencia, en apego al principio de legalidad y tipicidad. Así, los artículos 25, 26 y 27 de la LORCPM son normas que se encuentran directamente relacionadas con el tratamiento de las prácticas desleales; sin embargo, esto no implica que los artículos 25 y 26 sean autónomos, puesto que el artículo 25 de la LORCPM contiene una definición genérica de las conductas que se consideran como desleales; por su parte el artículo 26 ibídem establece la prohibición general que modela las conductas desglosadas en el artículo 27 del mismo cuerpo legal. En este sentido, el artículo 26 manifiesta que: ***Prohibición.**- Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios*". (Las negrillas no son parte del texto original). De la lectura de la norma se desprenden dos elementos esenciales a toda conducta, que no son excluyentes entre sí y que consisten en: 1) La ejecución de *todo hecho, acto o práctica desleal, cualquiera sea la forma que adopten*, la cual implica que las modalidades de conducta que pueden adoptar operadores económicos son variadas, infinitas, y no delimitadas previamente, por lo que es necesario establecer mecanismos legales a través de la tipificación de estas nuevas conductas que aparecen en el desarrollo de actividades económicas y que además pueden perjudicar a sus competidores o al interés general, con el fin de otorgar protección a la libre competencia, sin que aquello represente que se puede



concebir prematuramente el tipo o la forma en que pueda presentarse un acto, hecho o práctica, y que sea nociva a las buenas costumbres y usos honestos; sobre este particular Harry Nims manifiesta: *"no existe un índice de actos que constituyan competencia desleal. Ningún profeta ha intentado predecir qué actos serán considerados de competencia desleal en el futuro. Los tribunales reconocen el genio del infractor y declinan definir el fraude, reservándose el derecho de tratar con él, en cualquier forma en que pueda presentarse. El ingenio del competidor desleal es ilimitado por definición. Su campo es amplio y cambiante por siempre. Elude clasificación o definición"*¹. En virtud de lo expuesto, necesariamente debe considerarse a las prácticas desleales sobre la base de tipos de infracción, ya que el tipo constituye la descripción objetiva respecto de cada una de las conductas que transgreden la ley. En el ordenamiento jurídico, la tipificación de infracciones es una exigencia de carácter constitucional contemplada en el artículo 76 que garantiza la imposibilidad de sancionar a una persona por un acto u omisión que al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción². Este particular ha sido recogido en varias sentencias de la Corte Nacional de Justicia, específicamente la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo ha señalado: *"(...) Por otra parte, CÁSSAGNE ha sostenido que el principio de tipicidad es incompatible con las fórmulas genéricas y / abiertas, salvo en el caso de las sanciones disciplinarias, que se admite la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, lo que justifica frente a la imposibilidad de precisar de antemano y en forma detallada los deberes profesionales del agente público, sin que ello excluya la exigencia de concretar, en cada caso, la conducta computable y su conexión con la violación antijurídica de los deberes administrativos"*. (Jorge Coviello Pedro, ponencia "Base constitucional de la potestad sancionadora", *Derecho Administrativo en el siglo XXI*, Adrus D&L Editores, Lima 2013, página 478"³. Se puede afirmar entonces que las infracciones tienen reserva de ley, pues, la tipicidad no puede darse frente a una infracción "general" o "común" debe necesariamente el elemento constitutivo de la infracción consistir en la adecuación del hecho, acto, o conducta que se considere como anticompetitivo al tipo descrito por la ley, pero este tipo o figura no puede ser disperso, debe ser específico y concreto, asegurando de este modo que en los procedimientos en los cuales se determinen derechos y obligaciones se asegure el debido proceso y la tutela efectiva. Del mismo modo, los fallos de triple reiteración no son meros actos instrumentales, sino que aseguran la eficacia de la adopción de los criterios esgrimidos, debatidos y aceptados en casos análogos, de ahí su importancia en la aplicación obligatoria de estos preceptos jurisprudenciales que dan contenido al sistema generando seguridad jurídica. 2) *Que impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general, o los derechos de los consumidores o usuarios*. En este sentido, se evidencia que la INICPD mediante Resolución de 23 de abril de 2019 a las 15h00, a fin de analizar los argumentos señalados por la señora Lucy Mariela Tobar Silva y BREM CIA. LTDA., en su escrito de denuncia, definió los mercados relevantes objeto de la investigación y manifestó que: *"(...) la afectación real o potencial de los mercados definidos se genera a los intereses colectivos de los consumidores de las obras públicas (...) lo que predispone el proteger el bien común frente al interés particular de los recurrentes en este caso (...)";* por su parte el análisis realizado por la Intendencia Nacional de Investigación y

¹ Nims, Harry D., *"The Law of Unfair Competition and Trademarks"*, New York, 1947, Volumen I, Pág. 14. (traducción libre)

² Artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador

³ Resolución No. 185-2014 - Juicio 02-2011



-61-
Sección
4
uno

Control de Prácticas Desleales se fundamenta de manera estricta con los principios y presupuestos establecidos en el artículo 1 de la LORCPM, cuyo objeto consiste en la búsqueda de "(...) 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". Así, de existir un operador económico que incurra en la cláusula prohibitiva del artículo 26, necesariamente, esta prohibición debe estar adecuada a un tipo específico de conducta. Así la tipificación de práctica desleal se encuentra delimitada en el artículo 27 de la LORCPM, que según la denuncia se enmarca en la contenida en el numeral 4, definiéndola como una práctica de denigración de la siguiente manera: "(...) Se considera desleal la realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Constituyen actos de denigración, entre otros: a) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones incorrectas o falsas u omitir las verdaderas, con el objeto o que tengan por efecto, real o potencial, menoscabar el crédito en el mercado del afectado. b) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones que refieran a la nacionalidad, las creencias o ideología, la intimidad, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado. c) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones que, debido al tono de desprecio o ridículo, sean susceptibles de menoscabar el crédito del afectado en el mercado. Las conductas descritas en los literales b) y c) del presente artículo se presumen impertinentes, sin admitir prueba en contrario.". Se puede observar que el numeral 4 del artículo 27 de la LORCPM, determina las acciones concretas a las cuales se le atribuye la calidad de práctica desleal de denigración, estableciendo varias formas de adopción de la conducta, las mismas que se encuentran desarrolladas en los literales a), b), c); dependiendo de esa forma que adquieran se las delimita en uno o varios de los literales definidos en los literales señalados, estos son los únicos elementos configurativos que deben subsumirse en un mismo acto a fin de ser sancionables, es decir, que sus elementos no deben analizarse de manera aislada e independiente. Tal es esta afirmación que en el mismo sentido acorde el principio de tipicidad el artículo 78 numeral 2 literal c) establece en su categoría de infracciones graves "El falseamiento del régimen de competencia mediante prácticas actos desleales en los términos establecidos en el artículo 27 (...)". En el caso denunciado, se determina como presunta conducta a la establecida en el literal a), y c) del numeral 4 del artículo 27 de la LORCPM; no obstante, el numeral cuatro tiene dos elementos generales y esenciales de valoración, siendo ellos: i) La realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones erradas o falsas sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores; y ii) Que puedan menoscabar su crédito en el mercado. Esto implica que, las conductas consideradas como denigratorias deben tener un efecto real o potencial, lo cual será analizado más adelante. Es pertinente en este punto referir al concepto de *exceptio veritatis*, toda vez que la denuncia versa sobre presuntos actos de denigración; sin embargo, de la revisión de las argumentaciones constantes en los expedientes y el análisis realizado por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, se observa que las afirmaciones sobre las presuntas infracciones denunciadas no se adecuan a los presupuestos legales exigidos para constituirse en una conducta anticompetitiva;



bajo esta premisa, no se trasgrede derecho alguno, pues cuando las afirmaciones realizadas por el presunto infractor sean exactas, verdaderas y pertinentes, no constituiría un acto de denigración, tomando en cuenta que: “(...) la veracidad en todo caso y especialmente en las relaciones comerciales, debe examinarse en conjunto, y no a través de una visión estricta y literal de la frase o afirmación controvertida”⁴. Por otro lado, no se puede inobservar que “(...) nada impide que los dichos sobre el competidor no se funden en una intención dirigida a perjudicarlo, sino que provengan de afirmaciones livianas o antojadizas, sin el debido sustento fáctico (...)”⁵. Así mismo, de los recaudos procesales se evidencia que el denunciado habría requerido al Servicio Nacional de Contratación Pública que verifique información presentada por la señora Lucy Mariela Tobar Silva en el procedimiento de contratación pública No. SIE-EPMMOP-062-2018, que incluía el Valor Agregado Ecuatoriano -VAE-; a lo cual órgano rector en materia de contratación pública, de conformidad con las competencias otorgadas bajo su cargo, procedió con el análisis de la petición presentada por el operador económico BREM CIA LTDA., y la información presentada ante la entidad contratante por la señora Lucy Tobar (ahora recurrente), llegando a la emisión de la Resolución No. RA-SG-SERCOP-2019-0065 de 11 de febrero de 2019, mediante la cual el señor Gustavo Alejandro Araujo Rocha, Subdirector Nacional de Contratación Pública, resolvió: “(...) Sancionar a la señora **TOBAR SILVA LUCY MARIELA**, con RUC No. **1500255821001**, por haber incurrido en la infracción tipificada en el literal c) del artículo 106 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, esto es: “[...] realizar una declaración errada dentro de un procedimiento de contratación, inclusive respecto de su calidad de productor nacional”, así como inobservar lo establecido en la Sección II del Capítulo III del Título II de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, contenida en la Resolución No- RE-SERCOP-2016-0000072, de fecha 31 de agosto de 2016 (...); hechos y elementos que permiten a la administración verificar la falta de existencia de los elementos constitutivos de la presunta infracción.

e) Que las conductas contenidas en el artículo 27 numeral 4 literales a) y c) de la LORCPM no requieren un análisis de los efectos potenciales o reales de la conducta. Respecto de este argumento, tal como se manifestó en el punto previo, el catálogo de conductas contenidos en el artículo 27 de la LORCPM, específicamente el numeral cuarto, contiene los elementos esenciales de apreciación que viabilizan la consecución del procedimiento investigativo, mismos que luego del análisis pertinente han sido desvirtuadas por la INICPD. Sin perjuicio de aquello, en cuanto al literal a) de la infracción mencionada, se desprende que la misma consiste en “Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones **incorrectas o falsas u omitir las verdaderas**, con el objeto o que tengan por efecto, real o potencial, **menoscabar el crédito en el mercado del afectado**” (las negrillas no son propias del texto); es decir que conforme los elementos de tipicidad de la práctica anticompetitiva, la determinación del efecto real o potencial deviene de la existencia de los requisitos constitutivos de la conducta, caso contrario, las actuaciones de la administración podrían afectar el derecho a la defensa,

⁴ Vilarrubias Guillaumet, Felió. “Honor, crédito en el mercado y la exceptio veritatis” Discurso de ingreso en la Real Academia Europea de Doctores, como Académico de Número, en el acto de su recepción el 9 de marzo de 2017. Colección Real Academia Europea de Doctores. Barcelona (2017). Pág. 48.

⁵ Tapia R. Mauricio. “Unfair Competition by Fault”. Revista Chilena de Derecho Privado. No. 29. Santiago de Chile. (2017) Versión online ISSN 0718-8072. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722017000200165



l -62-
sanción
do

seguridad jurídica, y debido proceso, pues no cabe la determinación de efectos reales o potenciales de una acción que no llega a constituirse en conducta o infracción. Respecto del literal c) que determina que consiste en otro tipo de acto de denigración el: *"Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones que, debido al tono de desprecio o ridículo, sean susceptibles de menoscabar el crédito del afectado en el mercado"*. Si bien el referido literal no hace mención directa a la valoración de los posibles efectos, el artículo 26 de la LORCPM prohíbe los actos que impidan o falseen la competencia; en tal virtud, es imperativo que se verifique que la práctica anticompetitiva de "supuestos actos denigratorios" tengan la aptitud por sí mismos de menoscabar el crédito del operador económico denunciado; situación que en el presente caso no ocurre, pues, la supuesta denigración deviene de una información entregada y reportada por la propia señora Lucy Tobar, y adicionalmente, existe un pronunciamiento por parte del Servicio Nacional de Contratación Pública que califica de veraces los argumentos presentados por el operador económico BREM CIA LTDA., y cuya constatación obliga a la entidad contratante a no proseguir con la etapa contractual del proceso de contratación pública, careciendo de esta manera de libre elección.

NOVENO.- Por todo lo expuesto, existiendo mérito suficiente para resolver, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76, 82 y 173 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2 y artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad **RESUELVE: PRIMERO.- NEGAR** el Recurso de Apelación planteado por la señora Lucy Mariela Tobar Silva ingresado en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 14 de agosto de 2019 a las 13h56, en consecuencia ratifica la Resolución de 16 de julio de 2019, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (INICPD), dentro del Recurso de Reposición No. SCPM-IGT-INICPD-003-2019-R.-

DÉCIMO.-Notifíquese con el contenido de la presente resolución a las partes procesales, al órgano de investigación y a la Intendencia General Técnica.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

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

Ab. Belén Arévalo
SECRETARIA AD-HOC