

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** Intendencia de Prácticas Desleales
- **Expediente IIPD:** SCPM-IIPD-0002-2018
- **Expediente Apelación:** SCPM-IIPD-0002-2018-A-0008-2018-DS
- **Denunciante:** TELCONET S.A.
- **Denunciado:** NEXSYS DEL ECUADOR

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 24 de mayo de 2018, a las 12h00.- **VISTOS:** Ingeniero Christian Ruiz Hinojosa, MA., en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado encargado, conforme se desprende de la acción de personal número SCPM-SGAF-DATH-360, de 6 de septiembre de 2017, cuya copia certificada consta agregada al expediente, en uso de mis facultades legales y estando el proceso en estado de resolver **SE CONSIDERA:**

PRIMERO: COMPETENCIA.- En virtud de lo dispuesto en los artículos 44 numeral 2; 65 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 ésta Autoridad declara la validez del mismo. **TERCERO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-** MARION TOMISLAV TOPIC GRANADOS por los derechos que representa de la compañía TELCONET S.A., en su calidad de Representante Legal y Gerente General mediante escrito de fecha 20 de marzo de 2018 a las 11h44 ha presentado Recurso de Apelación dentro del término legal, en contra de la resolución de 14 de marzo de 2018, a las 17h00, emitida dentro del expediente administrativo No. SCPM-IIPD-2018-002, notificada el 15 del mismo mes y año a las 09h14, expedida por el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, Ab. Marlon Vinueza Armijos, cumpliendo así con el principio de oportunidad establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en (LORCPM), que en el artículo 67 dispone: *“Recurso de Apelación o Jerárquico.- Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición. El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo recurrido. Transcurrido dicho término sin haberse interpuesto el recurso, el acto administrativo será firme para todos sus efectos. El recurso se concederá solo en el efecto devolutivo. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de 60 días calendario. Contra el acto o resolución que concede o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa”.* **CUARTO.- ACTO IMPUGNADO.-** El acto impugnado por el operador económico TELCONET S.A., es la resolución de 14 de marzo de 2018, a las 17h00 dictada por el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, señor Marlon Vinueza Armijos, dentro del Expediente administrativo No. SCPM-IIPD-2018-002, por medio de la cual la Intendencia de Prácticas Desleales resuelve: *“(…) Ordenar el archivo del presente expediente por ser satisfactorias las explicaciones presentadas por el*

operador económico NEXSYS DE ECUADOR". **QUINTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DEL RECURSO INTERPUESTO POR EL RECURRENTE.-** MARION TOMISLAV TOPIC GRANADOS por los derechos que representa de la compañía TELCONET S.A., en su calidad de Representante Legal y Gerente General mediante escrito de fecha 20 de marzo de 2018 a las 11h44 ha presentado Recurso de Apelación dentro del término legal, en contra de la resolución de 14 de marzo de 2018, a las 17h00 notificada el 15 del mismo mes y año a las 09h14, expedida por el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, señor Marlon Vinuesa Armijos dentro del expediente administrativo No. SCPM-IIPD-2018-002, por la cual se resuelve ordenar el archivo del proceso por considerarse satisfactorias las explicaciones presentadas por el operador económico NEXSYS DE ECUADOR tras la denuncia presentada por la compañía TELCONET S.A., el 29 de diciembre de 2017 aduciendo que NEXSYS DE ECUADOR realizó aseveraciones impertinentes, no veraces, ni correctas tanto de TELCONET S.A., como de su representante legal dentro de un proceso arbitral –no confidencial- por el aparente cobro de una factura; lo cual a criterio de la compañía denunciante da origen a un acto de denigración materializado en la aseveración que NEXSYS hizo en el acápite VI numeral 6.2., de la demanda arbitral presentada el 4 de diciembre de 2017 ante AMCHAM. Por otro lado, respecto a los fundamentos de derecho el recurrente en lo principal alega lo siguiente: **a. Falta de motivación, improcedencia e ilegal resolución sobre:** **a.1.** Los considerandos: Respecto a este punto el recurrente sostiene que la IIPD comete varios errores en la determinación de los sujetos procesales. Así pues, respecto de NEXSYS el recurrente manifiesta que la mencionada empresa no es una persona natural sino una sociedad constituida al amparo de lo dispuesto en el Artículo 1963 y siguientes del Código Civil. De igual forma, el recurrente sostiene que el RUC de NEXSYS identificado en la tabla contenida en el Considerando I del informe no corresponde al RUC de la empresa denunciada. Por otro lado, el recurrente ha manifestado que la actividad económica principal detallada en el cuadro respecto a TELCONET S.A., no es la correcta ya que su actividad principal es la de "*actividades de proveedores de servicios de telecomunicaciones e internet*". Por las razones expuestas el recurrente manifiesta que la autoridad. **a.1.1.** No identificó correctamente al sujeto que causó la denigración. **a.1.2.** no individualiza a la persona natural y persona jurídica así como a los accionistas de las compañías. Lo mencionado en líneas precedentes ha generado según el recurrente que exista una vulneración a: **1)** derecho de la defensa y **2)** falta de motivación. **a.2. La "evolución de los servicios de internet en el Ecuador"**. Respecto a este punto el recurrente manifiesta que del informe No. SCPM-IIPD-DNIPD-001-2018 en el punto 4.1.2. se realiza un estudio de la evolución del porcentaje de penetración del acceso a internet-fijo y móvil del periodo 2010 y 2017 con lo que a criterio del recurrente "*permite acreditar tanto el crecimiento en el mercado como la posición lograda con base en esfuerzos profesionales y de calidad de todos los que conforman TELCONET, lo que significa que trastocar la reputación empresarial de una empresa como ésta, supone un efecto gravísimo valorado en el tiempo, únicamente por quienes han logrado diferenciar la situación comercial actual versus la situación anterior.*" El recurrente además señala que la IIPD emite un erróneo criterio al manifestar que "*se evidencia una reducción en el número de cuentas desde la presentación de la demanda arbitral por parte de NEXSYS, enfatizando en que, dicha caída no puede atribuirse a la solicitud de medidas cautelares por cuanto "no es posible verificar las variaciones del*

número de cuentas y de ventas del operador económico en los meses de enero y febrero de 2018”, ya que el estudio realizado data hasta diciembre de 2017, siendo Diciembre el mes en que se presentó la demanda arbitral que contiene los actos de denigración, por lo cual la IIPD no puede evidenciar los efectos posteriores generados a raíz de dicha demanda arbitral presentada por NEXSYS el 4 de diciembre de 2017, ya que las evaluaciones realizadas por la IIPD son anteriores al acto denigratorio. **a.3. El “análisis de la denuncia, explicaciones y otros elementos de convicción”** El recurrente en su escrito de apelación manifiesta que: *“nos fue imposible contar con el escrito de contestación de NEXSYS”* respecto al análisis de las explicaciones presentadas por NEXSYS el recurrente sostiene que: **1)** *“No existe un solo proceso penal registrado en la página de la Función Judicial”* contrario a lo que afirma NEXSYS al manifestar que del SATJE constan 47 procesos judiciales en contra de la denunciada y su representante legal lo cual supondría un posible riesgo económico. **2)** la recurrente sostiene además que NEXSYS *“justifica su necesidad de solicitar las medidas, olvidando que deberá acogerse (...) a la concurrencia de la presunción de buen derecho y el peligro en la demora”* **3)** El recurrente en su escrito de apelación manifiesta que *“NEXSYS pretende desacreditar la reputación empresarial de TELCONET S.A. dado que sobre este no pesa ningún juicio PENAL en contra y persigue la desacreditación de TELCONET prima facie.”* Por otro lado en el Considerando III, numeral 3.4. “De la cuestión en la Discusión” TELCONET manifiesta en su escrito de apelación que: **a)** *“NEXSYS realiza una aseveración falsa puesto que de la lectura y revisión de la página web de la Función Judicial NO existe, a la fecha, ningún proceso penal iniciado en contra de TELCONET S.A.”* **b)** *“NEXSYS realiza una aseveración impertinente, dado que, nada tiene que el señor Topic por sus propios derechos, con la persona jurídica TELCONET S.A., (...) y lo que es peor justificar la adopción de unas medidas cautelares en un arbitraje iniciado contra TELCONET . El recurrente manifiesta además que en el proceso penal referido por NEXSYS es el señor MARION TOMISLAV TOPIC quien actúa por sus propios derechos y que en dicho juicio no existe sentencia ejecutoriada aún, razón por la cual afirmar que por tal razón no se cumplirían las obligaciones contraídas por TELCONET constituye una violación al principio de inocencia. Por otro lado el recurrente manifiesta algunas de las falencias, inconsistencias e impertinencias cometidas por el IIPD en la resolución entre las que destaca: **1)** *“que el señor Intendente identifica como UN TODO al representante legal de TELCONET S.A., y a TELCONET cuando se trata de dos persona independientes (...) por tanto, existe un evidente desconocimiento de la ley al considerarlo de tal forma. (...) Es decir, existe un análisis superfluo por parte del señor Intendente al iniciar sus justificaciones en procesos de otra persona, y con base en un cúmulo de procesos que no identifica, produciéndose una falta de motivación”* (el énfasis fuera del original) **2)** *“TELCONET S.A. no tiene ningún juicio en su contra registrado en la página de la Función Judicial.”* **3)** *“El único juicio por lavado de activos que vincula al señor Topic es el 09286-2017-04882, más no a TELCONET”.* **4)** *“La autoridad, al sostener que NEXSYS no es el autor de las aseveraciones pretende liberar a NEXSYS de su responsabilidad frente a estas, en un proceso arbitral donde era impertinente aportarlas y además eran incorrectas y falsas dado que TELCONET S.A. no tiene en su contra NINGÚN juicio penal iniciado.”* **5)** *“El comportamiento del mercado no puede evaluarse con base en periodos anteriores a la proliferación de aseveraciones incorrectas, impertinentes e inexactas, dado que el “consistente análisis” del**

Departamento de Investigación analiza, en su mayoría los años 2010-2017, considerando que el año 2017 comprende los meses de enero a diciembre de 2017, y recién el 4 de diciembre de 2017 se interpuso la demanda arbitral por NEXSYS” 6) “TELCONET S.A. a la fecha tiene un prestigio empresarial marcado (...) y que el intentarlo socavar aduciendo que existen procesos penales en su contra, significaría un desmedro y perjuicio económico considerable. Aunando a ello, el indicar que existe el riesgo de “cobro de las obligaciones””. 7) El señor Intendente (...) dispone el archivo de la denuncia por cuanto indica que el proceso penal existe, conforme lo ha probado erróneamente NEXSYS, lo cual NO ES CIERTO, dado que el fundamento del Intendente para disponer el archivo es basar su decisión en la existencia del proceso penal que contra el representante legal de TELCONET S.A., el señor MARION TOMISLAV TOPIC GRANADOS, es quien por sus propios y personales derechos afronta. **a.4. El Informe jurídico-económico No. SCPM-DNIPD-001-2018-002** El recurrente respecto al informe jurídico – económico manifiesta que la Intendencia “En ningún momento se ha aclarado con exactitud o pertinencia lo siguiente: ¿Qué problema penal está atravesando TELCONET S.A. que deviene en un riesgo de NO PAGO DE OBLIGACIONES? O ¿Cuál es la base documental que sostiene el argumento de NEXSYS donde refiere que TELCONET está en peligro de cumplir con sus obligaciones de pago si los Estados Financieros sostienen lo contrario?” **SEXTO.- CONSTANCIAS PROCESALES.-** Una vez analizado el expediente SCPM-IIPD-0002-2018 se verifican las siguientes constancias procesales: **6.1.** Denuncia presentada por MARION TOMISLAV TOPIC GRANADOS en representación legal TELCONET S.A., en contra de NEXYS DEL ECUADOR ingresada a través de la Zonal 8, el 29 de diciembre de 2017 a las 10h13. **6.2.** Providencia de fecha 29 de enero de 2018 a las 16h00, por la cual se dispone que el denunciante amplíe y aclare la denuncia de conformidad al artículo 54 literal c, d y f de la LORCPM **6.3.** Escrito de TELCONET S.A de fecha 01 de febrero de 2018 a las 16h12 con el cual se da cumplimiento a la providencia de fecha 29 de enero de 2018. **6.4.** Providencia de fecha 02 de febrero de 2018 a las 12h00 en la cual se dispone abrir el expediente SCPM-IIPD-0002-2018 y correr traslado a NEXYS DEL ECUADOR con la denuncia a fin de que presente sus explicaciones en el término de 15 días. **6.5.** Escrito de explicaciones presentado por NEXYS DEL ECUADOR presentado el 19 de febrero de 2018 a las 13h19. **6.6.** Escrito de TELCONET S.A., de fecha 12 de marzo de 2018 por el cual se solicita la revisión del expediente para “obtener una copia simple de la contestación a la demanda realizada por parte de NEXSYS”. **6.7** Informe jurídico Nro. SCPM-IIPD-DNIPD emitido por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales de fecha 13 de marzo del 2018 a las 12h00. **6.8.** Resolución de fecha 14 de marzo de 2018 emitido por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales por la cual el Intendente resuelve, ordenar el archivo del presente expediente por ser satisfactorias las explicaciones presentadas por el operador económico. Adicionalmente, se concede a TELCONET S.A., copias simples del escrito de explicaciones presentado por el denunciado operador económico NEXSYS DEL ECUADOR. **SÉPTIMO.- PETICIÓN DEL RECURRENTE EN EL RECURSO INTERPUESTO.-** MARION TOMISLAV TOPIC GRANADOS por los derechos que representa de la compañía TELCONET S.A., en su calidad de Representante Legal y Gerente General solicita: “ (...) se sirva aceptar el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto, dado que existen inconsistencias e imprecisiones así como falta de motivación en la Resolución de 14 de

marzo de 2018 a las 17h00 dictada por el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, lo que ocasiona la nulidad de la referida resolución y por tanto la consecución del proceso de competencia desleal en contra de NEXSYS dado que hemos probado que ésta ha ejecutado un acto de denigración previsto en el artículo 27 de la Ley de Regulación de Control de Poder de Mercado. **OCTAVO.- NORMATIVA 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** 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 (...)** 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...); c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. 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. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados....”; “**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. 168.-** La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...) 5. En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley”. “**Art. 213.-** Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley.”; “**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. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”; “**Art. 284.-** La política económica tendrá los siguientes objetivos: 1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. (...) 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.”; **Art. 304.-** La política comercial tendrá los siguientes objetivos: (...) 6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados”. En concordancia la **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado** establece, “**Art. 1.- Objeto.-** El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras

prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”; “**Art. 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. Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo.”; “**Art. 25.-** **Definición.-** Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras. Para la definición de usos honestos se estará a los criterios del comercio nacional; no obstante, cuando se trate de actos o prácticas realizados en el contexto de operaciones internacionales, o que tengan puntos de conexión con más de un país, se atenderá a los criterios que sobre usos honestos prevalezcan en el comercio internacional. La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley. Las sanciones impuestas a los infractores de la presente ley no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios que corresponda de conformidad con las normas del derecho común, así como la imposición de sanciones de índole penal, en caso de constituir delitos. Se aplicará las sanciones previstas en esta ley, siempre que la práctica no esté tipificada como infracción administrativa con una sanción mayor en otra norma legal, sin perjuicio de otras medidas que se puedan tomar para prevenir o impedir que las prácticas afecten a la competencia.” **Art. 26.-** **Prohibición.-** Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia. **Art. 27.-** **Prácticas Desleales.-** Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: **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". Por otro lado la **Ley de Arbitraje y Mediación** determina, "**Art. 9.-** Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo (...)" ; "**Art. 34.-** Las partes sin perjuicio de los derechos de terceros, podrán convenir en la confidencialidad del procedimiento arbitral, en este caso podrán entregarse copias de lo actuado solamente a las partes, sus abogados o al juez que conozca el recurso de nulidad u otro recurso al que las partes se hayan sometido". **NOVENO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-** Con los elementos de hecho y derecho es preciso referirse al fondo del proceso de investigación, cuyo objeto son las presuntas prácticas desleales de denigración, constante en el Art. 27 numeral 4 de la LORCPM; como se ha referido ya, la empresa TELCONET S.A., bajo la representación del señor MARION TOMISLAV TOPIC GRANADOS presentó una denuncia ante la SCPM el 29 de diciembre de 2017 en contra de NEXSYS DEL ECUADOR por el supuesto cometimiento de prácticas desleales conforme a lo tipificado en el artículo 27 numeral 4 literal a), de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM). El acto de denigración según TELCONET S.A., se materializa en la aseveración que NEXSYS DEL ECUADOR realizó en el acápite VI numeral 6.2., de la demanda arbitral presentada el 4 de diciembre de 2017 ante la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana (AMCHAM) en la que textualmente se lee: "**VI. Medidas Cautelares (...)** Esta medida cautelar se solicita de forma urgente, por cuanto es de conocimiento público que EL DEUDOR, compañía TELCONET S.A., así como su representante legal, se encuentran atravesando problemas judiciales de tipo penal con el estado que pueden transgredir en la imposibilidad de cobro de la deuda, en cuya virtud solicitamos se disponga de manera urgente dicha medida cautelar". (El énfasis fuera del original) El denunciante ha manifestado en el escrito de apelación que las aseveraciones realizadas por NEXSYS DEL ECUADOR en la demanda presentada dentro del proceso arbitral que sigue NEXSYS DEL ECUADOR en contra de TELCONET S.A., pone en riesgo: a) su reputación empresarial, b) su posición en el mercado, c) desviación y reducción de clientela, d) altera el desarrollo normal del mercado relevante, e) incidencia en el récord financiero de TELCONET. Por su parte, NEXSYS DEL ECUADOR., en el escrito de explicaciones ha mencionado que el 04 de mayo de 2016 suscribió un "**CONTRATO DE SOLUCIÓN DE VIDEO COLABORACIÓN COMO SERVICIO VAAS**" con TELCONET S.A., el cual tenía por objeto prestar los servicios de suministro de Software, instalación, configuración, administración, capacitación, puesta en marcha, soporte técnico y derecho de uso de la solución de video colaboración como servicio VaaS, por un valor de **\$388.800,00** dólares. Del mismo modo ha manifestado que en la cláusula séptima del referido contrato se estableció el precio y la forma de pago a favor de NEXSYS DEL ECUADOR, pagos que no fueron realizados

por la compañía TELCONET S.A., razón por la cual efectivamente con fecha 04 de diciembre de 2017, a las 15h21 el denunciado planteó una demanda arbitral ante el AMCHAM, solicitando el pago de la obligación contraída el 04 de mayo de 2016 y adicionalmente conforme al artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) solicitó al Tribunal Arbitral el otorgamiento de medidas cautelares con el objeto de garantizar el resultado del proceso arbitral; esto, en razón de que TELCONET S.A y su representante legal enfrentan varios conflictos de índole judicial que según NEXSYS DEL ECUADOR podrían poner en riesgo la obligación contraída mediante contrato de fecha 04 de mayo de 2016 con TELCONET S.A.; una vez que se ha analizado lo manifestado por el denunciante y denunciado se determina; a) respecto a la falta de motivación, improcedencia e ilegalidad de la resolución de 14 de marzo de 2018, por cuanto la IIPD no identificó correctamente al sujeto que causó la denigración; En relación a este punto, una vez revisado el expediente administrativo No. SCPM-IIPD-0002-2018 con los documentos presentados por las partes procesales se evidencia en la resolución de 14 de marzo de 2018, que la IIPD en la Tabla 1 “sobre los aspectos generales de la actividad económica de los operadores económicos involucrados”, que la actividad económica se encuentra conforme las fuentes de información de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros y Servicio de Rentas Internas respecto a la actividad principal de TELCONET S.A.; sin embargo de lo anotado, es importante aclarar que, efectivamente el órgano de investigación comete un error en la identificación del denunciado, respecto al RUC del mismo y al determinar al denunciado como persona natural, sin embargo, esto constituye un error subsanable dentro del proceso ya que no genera un resultado diferente respecto de la investigación, principio resguardado en el Art. 169 de la Constitución de la República, en virtud de que el hecho controvertido en la investigación, es la verificación del cometimiento de actos denigratorios en contra del denunciante y su afectación real o potencial, a consecuencia de la declaración vertida en la demanda arbitral de medidas cautelares, presentada el 4 de diciembre de 2017 ante la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana (AMCHAM); en el caso que nos ocupa y en aplicación del referido Art. 169 de la CRE, y respecto a las “formalidades”, se establece que, si bien existe una confusión en el número de Ruc de NEXYS DEL ECUADOR que consta en la Tabla 1 de la Resolución, el mismo corresponde al número de Cédula de ciudadanía del representante y gerente general de NEXYS DEL ECUADOR señor Daniel Oswaldo Navarro Cedillo, confusión que no genera duda o altera el resultado de la Resolución; porque el representante legal en su persona no ha sido denunciado, por consiguiente, queda claro que la persona denunciada es NEXYS DEL ECUADOR y no otra, independientemente sea persona natural o jurídica; por otro lado, en esta etapa recaudatoria de elementos solo se ha solicitado a NEXYS DEL ECUADOR que presente sus explicaciones a la denuncia interpuesta en su contra, lo cual deja saneado la posibilidad de confusión en el sujeto, considerando también para el efecto lo siguiente: - Solo existe una empresa con el nombre NEXYS DEL ECUADOR, independientemente cual sea su representante legal; - TELCONET S.A., denunció a NEXYS DEL ECUADOR ante la SCPM; - Existe un vínculo jurídico contractual de arbitraje entre estas dos empresas, aquello se puede observar tanto en las argumentaciones de la denuncia interpuesta, como en las explicaciones de la parte denunciada. Del mismo modo, es imperante destacar que la IIPD en el análisis económico y demás considerandos que constan en la Resolución, hace referencia a las personas jurídicas TELCONET S.A. y NEXYS DEL ECUADOR, no a la

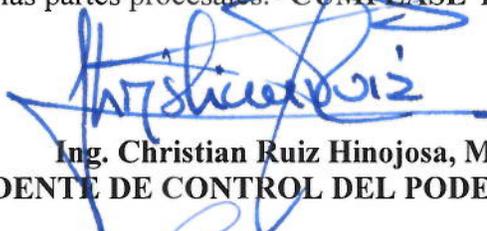
persona natural que representa legalmente a cada una de ellas, debido a lo cual el error de forma incurrido, no genera confusión en la autoridad al emitir su decisión. **b) Sobre la falta de motivación, improcedencia e ilegal resolución sobre la evolución de los servicios de internet en el Ecuador**, el recurrente ha manifestado que el estudio realizado por la IIPD data hasta diciembre de 2017, siendo diciembre el mes en que se presentó la demanda arbitral que contiene los actos de denigración, por lo cual la IIPD no puede evidenciar los efectos posteriores generados a raíz de dicha demanda arbitral presentada por NEXYS el 4 de diciembre de 2017, ya que las evaluaciones realizadas por la IIPD son anteriores al acto denigratorio. Respecto a este punto la IIPD en el análisis de la actividad de TELCONET manifiesta: *"(...) el número de cuentas del operador económico fue creciente desde diciembre de 2016 hasta septiembre de 2017, pasando de 15,278 cuentas activas a 16,947, respectivamente. Sin embargo, a partir de este mes, el número de cuentas se va reduciendo ligeramente, pasando de 16,947 en septiembre de 2017 a 16,673 en diciembre de 2017; es decir una reducción de 274 cuentas, que representa una variación negativa del 2%. Vale mencionar que la reducción más evidente se da entre los meses de noviembre a diciembre de 2017, en los que se cancelaron 202 cuentas. Es importante resaltar que si bien se evidencia una reducción en el número de cuentas en el mes en el que se presenta la denuncia arbitral, ese decrecimiento no puede ser considerado un efecto de lo manifestado por NEXSYS DEL ECUADOR en el acápite "MEDIDAS CAUTELARES" de tal instrumento. (...)"* (El énfasis fuera del original). De lo expuesto se colige que el análisis realizado por la IIPD versa respecto a una fecha anterior a la presentación de la demanda arbitral que contiene el supuesto acto denigratorio cometido por NEXSYS DEL ECUADOR; sin embargo, es importante destacar el punto fundamental de la resolución en relación a este tema, en la cual la IIPD señala: *"De la revisión del texto anterior se ha realizado el contraste con las constancias recaudadas en esta fase preliminar, a fin de verificar si éstas aseveraciones son falsas, incorrectas o impertinentes. (ii) Se desprende de la información extraída de la página web de la función judicial o sistema SATJE que la Compañía TELCONET S.A., y su representante legal, tienen 47 procesos legales, entre laborales, civiles, penales. (iii) Entre los meses de Octubre y Diciembre de 2017, la compañía TELCONET., estuvo afrontando un juicio penal por LAVADO DE ACTIVOS, signado con el número 09286-2017-04882. (iv) A través de los diferentes medios de comunicación radial y televisiva, la Fiscalía General del Estado informó a la ciudadanía en general los pormenores y las supuestas razones por las cuales la compañía TELCONET S.A., su representante legal y el señor RICARDO RIVERA estarían siendo investigados por el presunto delito de LAVADO DE ACTIVOS, por lo que lo relatado dentro de la solicitud de medida cautelar realizada por NEXSYS DEL ECUADOR fue verdadero, exacto y además de conocimiento público (...)"* (resaltado fuera del texto). En virtud de la revisión del informe se determina que la IIPD ha considerado que la reducción en el número de cuentas que la empresa sufrió no debe atribuirse al texto que consta en la solicitud de medidas cautelares solicitadas por NEXYS DEL ECUADOR dentro de la demanda arbitral, pues como se evidencia en las explicaciones a la denuncia ante la SCPM y del informe emitido por el órgano de investigación, TELCONET S.A., se encontraba involucrada en procesos judiciales anteriores lo cual era de conocimiento público, en virtud de lo manifestado por la Fiscalía General del Estado, por lo que dicha difusión no es atribuible al denunciado. **c)** Por otro lado, el recurrente ha manifestado que existen

errores en el análisis de la denuncia, explicaciones y otros elementos de convicción; así pues sostiene que: 1) *"No existe un solo proceso penal registrado en la página de la Función Judicial"* 2) NEXSYS *"justifica su necesidad de solicitar las medidas, olvidando que deberá acogerse (...) a la concurrencia de la presunción de buen derecho y el peligro en la demora"* 3) *"NEXSYS pretende desacreditar la reputación empresarial de TELCONET S.A. dado que sobre este no pesa ningún juicio PENAL en contra y persigue la desacreditación de TELCONET prima facie."* En este punto es importante referir que no se está analizando la pertinencia o no de la imposición de medidas cautelares, sino las presuntas prácticas de denigración, conforme a lo establecido en el artículo 27 numeral 4, literal a), que instituyen los elementos para la configuración de la conducta; siendo la realización, utilización o difusión de manifestaciones incorrectas, pero que tengan por objeto real o potencial menoscabar el crédito en el mercado, situación muy ajena a la realidad de este proceso, en virtud que, NEXYS DEL ECUADOR actuó a su criterio, derechos y obligaciones establecidos en un contrato con cláusula arbitral, a su vez, en ejercicio pleno de sus derechos solicitó una medida cautelar dentro del proceso referido, al cual considera tiene una causal. Específicamente en el tema de derecho de competencia y centrando nuestro análisis al presunto acto denigratorio, se considera que la difusión de manifestaciones en derecho de competencia económica tiene varios caracteres a ser analizados, uno de ellos versa sobre la intencionalidad y efectos perniciosos que pueden ser absorbidos por otros operadores económicos o por la generalidad. En este caso en particular, se observa que no existe perjuicio en contra de TELCONET S.A., por lo solicitado por NEXYS DEL ECUADOR dentro del proceso arbitral, sin embargo, esta autoridad no puede pronunciarse sobre la aceptación o no de la solicitud de medidas cautelares; también se observa en el expediente de la IIPD que no existe difusión por parte del denunciado, del contenido del contrato que ahora es conocido por el Tribunal Arbitral, así como de la solicitud de medida cautelar, en ese sentido al no cumplirse con el otro requisito "sine qua non" como la difusión, no puede encausarse en una conducta anticompetitiva. A pesar de ello, se ha revisado los documentos adjuntos a la denuncia presentada por TELCONET S.A., sin que se encuentre en alguno de ellos, uno que evidencia tal difusión, para ello necesariamente debe existir la acción de extender o expandir una noticia a través de algún medio de comunicación, o a su vez, que se haya generado una incertidumbre en el mercado o en la generalidad por comentarios que han sido difundidos en el sector, contexto que ha referido ya la Intendencia en su Resolución, así, en el numeral 3.4 (xii) dice: *"(...) Esta Intendencia en estricto derecho de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 numeral 4 considera que los actos de denigración se configuran con la realización, utilización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Para que exista un acto de denigración "es necesario que exista la difusión a sabiendas de falsas aseveraciones contra un rival con objeto de perjudicarlo comercialmente, es decir, actividad tendente a producir el descrédito del competidor o de su producto, o la difusión de aseveraciones falsas en su perjuicio. (...) Para que un acto se considere denigratorio, debe tener los siguientes elementos: (...) También es necesario que el acto denigratorio se exteriorice: puede hacerse público de cualquier forma, pueden ser circulares, cartas, manifestaciones verbales, publicaciones en Internet u otros (...)"*. d) Ahora bien, respecto al incumplimiento de los presupuestos

de buen derecho y el peligro en la demora que debe acreditar NEXSYS DEL ECUADOR en la solicitud de las medidas cautelares dentro del proceso arbitral. Es imperante destacar que la Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 9 señala que: *“Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil (SIC) o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes (...)”*; en este contexto la máxima autoridad de la SCPM se inhibe de emitir un pronunciamiento respecto a los requisitos que deben configurar para el otorgamiento de las medidas cautelares solicitadas por NEXSYS DEL ECUADOR ante el Tribunal Arbitral, por cuanto excede las competencias otorgadas por Ley y hace especial énfasis respecto a que es el Tribunal Arbitral quién debe pronunciarse sobre el particular, así lo determina el Art. 226 de la carta constitucional, al enfatizar, *“(...) 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. (...)”*; y, en concreto la norma que rige el proceso alternativo de solución de controversias. Con todo lo manifestado y del análisis de la resolución en el numeral 3.4, acertadamente identifica el punto central de la investigación al manifestar, **“DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN”** lo siguiente: *“Actos de Denigración tiene como elementos o requisitos sine qua non los siguientes: realizar, utilizar o difundir aseveraciones falsas e incorrectas o impertinentes; con la EXCEPCIÓN de que las mismas sean exactas, verdaderas y pertinentes y LA FINALIDAD de menoscabar el crédito en el mercado del afectado (...)”* (resaltado fuera del texto,) puesto que la disputa se ha generado por el presunto acto denigratorio cometido por NEXSYS DEL ECUADOR en contra de TELCONET S.A., en la solicitud de medida cautelar propuesta mediante una demanda arbitral seguida en la AMCHAM; entonces, lo que se pretende verificar por parte de la IIPD a prima facie es la supuesta conducta anticompetitiva establecida en el Art. 27 numeral 4, literal a) de la LORCPM, sin que haya podido determinarse una afectación a la empresa denunciante o al mercado, mucho menos al interés general; así, el análisis del tema contractual concerniente a las partes o su cumplimiento escapa de la competencia de esta autoridad, y obstruye la posibilidad para que la SCPM pueda investigar sobre un aspecto delimitado voluntariamente por los comparecientes a ese acto legal, tal como lo ha determinado el órgano de investigación; por lo que la denuncia presentada no cumple los elementos necesarios para considerarse que las actuaciones del denunciado constituyen actos denigratorios que puedan afectar el normal desenvolvimiento del mercado, objeto y razón de ser de la LORCPM, al respecto, dice la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Sentencia 726/2003 de 13 Nov. 2003, Rec. 449/2001 (declarada firme por Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 5 Jun. 2007, Rec. 421/2004) *“(...) El comportamiento ilícito que constituye el núcleo de ese tipo consiste en la realización o difusión de manifestaciones. El objeto o materia de la acción se identifica con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajeno o las relaciones mercantiles de un tercero. Y la característica del comportamiento que determina la calificación consiste en que aquellas sean aptas para menoscabar el crédito de dicho tercero en el mercado. El acto, no obstante, no será desleal si las manifestaciones son exactas, verdaderas y pertinentes”*. Por otro lado, señala el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 283/2004 de 1 Abr. 2004, Rec. 1615/1998, al considerar los actos de denigración, *“(...) es preciso, para que quepa apreciar el ilícito de denigración (artículo*



9 LCD), que las manifestaciones sean aptas para menoscabar el crédito en el mercado (...)" . Por todo lo expuesto y una vez analizado el expediente administrativo No. SCPM-IIPD-0002-2018 se concluye que los Actos de Denigración tienen como requisito *sine qua non* los siguientes: realizar, utilizar o difundir aseveraciones falsas e incorrectas o impertinentes; adicionalmente los actos de denigración tienen la finalidad de menoscabar el crédito en el mercado del afectado. Situación que no se ha logrado comprobar de las pruebas aportadas en la denuncia presentada por TELCONET S.A., conforme se desprende del acápite VI de la denuncia presentada ante la SCPM. Por lo tanto, esta autoridad concuerda con el ente de investigación, en que no se han configurado los elementos determinados en el Art. 27 numeral 4 de la Ley que rige la materia, por cuanto no existe una afectación real o potencial al denunciante, en virtud de que la acción instruida por el denunciado ha sido actuada en ejercicio de los medios legales, y la declaración vertida fue dentro de un proceso reglado por la Ley de Arbitraje y Mediación. Finalmente, se deja establecido que no existe falta de motivación por los puntos señalados anteriormente, se observa en la resolución elementos intelectuales, críticos, valorativos y lógicos, apoyando su decisión en la imposibilidad de establecer indicios de cometimientos de la práctica desleal denunciada, por lo que se tiene la certeza que NEXYS DEL ECUADOR no ha incurrido en la práctica anticompetitiva establecida en el Art. 27, numeral 4, literal a), observando para llegar a esa conclusión las pruebas aportadas por las partes y las generadas por la misma IIPD, cumpliendo el mandato constitucional señalado en el literal l) del numeral 7 del Art. 76. **DÉCIMO.-** Por todo lo expuesto, y existiendo méritos suficientes para resolver, amparado en las disposiciones del 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 el señor MARION TOMISLAV TOPIC GRANADOS por los derechos que representa de la compañía TELCONET S.A., en su calidad de Representante Legal y Gerente General mediante escrito de fecha 20 de marzo de 2018 a las 11h44, en virtud de que el acto impugnado no es de naturaleza impugnabile, y de que no se han establecido los presupuestos para determinar que existe un acto denigración conforme el artículo 27 numeral 4 literal a) de la LORCPM. En consecuencia se ratifica lo actuado por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales. **SEGUNDO.-** Notifíquese al órgano de resolución como a las partes procesales. **CUMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**


Ing. Christian Ruiz Hinojosa, MA

 SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO (e) 


Ab. Lenis Katherine Orellana Maroto.
SECRETARÍA AD-HOC