

Quito, D. M., 16 de julio del 2019

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-**

**Expediente No. SCPM-IGT-INICPD-003-2019-R**

**INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES. VISTOS.-** En calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, en uso de mis facultades legales administrativas, según la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-0110-2019-A de 22 de marzo de 2019, en el expediente administrativo signado con el Nro. SCPM-INICPD-003-2019-R, en lo principal:

**1. ANTECEDENTES**

- 1) La denuncia y anexo presentados por LUCY MARIELA TOBAR SILVA, con fecha 28 de febrero de 2019, las 12h33, con ID 126320, mediante la cual expuso que la compañía BREM CIA. LTDA., habría cometido prácticas desleales por presuntos actos de denigración en contra de la denunciante, supuesto contenido en el numeral 4 del artículo 27 y la inducción a la infracción contractual contenida en el numeral 8 del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado;
- 2) Providencia de 11 de marzo del 2019, las 12h30, mediante la cual la INICPD requirió al operador económico recurrente, completar y aclarar la denuncia;
- 3) Escrito y anexos ingresados con fecha 13 de marzo del 2019, las 14h54, con ID 127368, el operador económico LUCY MARIELA TOBAR SILVA completó la denuncia;
- 4) Providencia de 18 de marzo del 2019, las 14h00, con la que esta Intendencia corrió traslado con el contenido de la denuncia y anexos al operador económico BREM CIA. LTDA y solicitó, la presentación de explicaciones en el término de 15 días, contados a partir de la notificación;
- 5) Escrito y anexos presentados con fecha 08 de abril del 2019, las 12h24, con ID 129571, el operador económico BREM CIA. LTDA, presentó explicaciones a las aseveraciones realizadas por la denunciante.
- 6) Resolución de 23 de abril del 2019, las 15h00, mediante la cual Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, dispuso el archivo de la denuncia en contra del operador económico BREM CIA. LTDA., por considerar satisfactorias las explicaciones presentadas por el denunciado, a la luz de los elementos constantes en el expediente principal.
- 7) Escrito presentado por LUCY MARIELA TOBAR SILVA, ingresado el 17 de mayo del 2019 por Secretaría General de la SCPM, las 12h04, signado con el ID 132774, que contiene el Recurso de Reposición a la resolución de 23 de abril del 2019, las 15h00.
- 8) Providencia de 17 de mayo de 2019, las 14h54, mediante la cual esta autoridad avocó conocimiento del recurso presentado y se admitió a trámite, por haber sido presentado dentro del tiempo establecido en el artículo 66 de la LORCPM, y con el que se corrió

traslado al operador económico BREM CIA. LTDA., para que presente explicaciones, ante las aseveraciones del denunciante.

9) Escrito presentado por el operador económico BREM CIA. LTDA., el 27 de mayo del 2019, las 16h29, con ID de trámite 133461, mediante el cual, el denunciado presentó sus explicaciones con relación al recurso de reposición.

## **RESOLUCIÓN IMPUGNADA**

La recurrente interpuso recurso reposición en contra de la resolución de 23 de abril de 2019, las 15h00, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (en adelante INICPD). A pesar de que el operador económico hace referencia al número de expediente SCPM-INAF-DNATH-0110-2019-A, el cual corresponde a la acción de personal del Intendente, sin embargo, se entendería que lo correcto es el expediente No. SCPM-IGT-INICPD-003-2019.

La resolución de 23 de abril del 2019, las 15h00, estableció lo siguiente:

### **De los actos de denigración**

*“[...] Conforme la resolución No. RA-SG-SERCOP-2019-0065, de 11 de febrero del 2019; el operador económico denunciante, efectivamente habría realizado una declaración errada dentro de un procedimiento de contratación, respecto de la calidad de productor nacional. [...], esta autoridad se subsume con las conclusiones alcanzadas por el Servicio Nacional de Contratación Pública y en tal razón considera que las afirmaciones usadas por el operador económico BREM CIA. LTDA., corresponderían a aseveraciones verdaderas, exactas y reales, por lo tanto no habría incurrido en el cometimiento de actos de denigración en contra de LUCY MARIELA TOBAR SILVA [...]”.*

### **De la Inducción a la Infracción Contractual**

*“[...] Finalmente, esta Intendencia no evidencia que la resolución emitida por el SERCOP, haya tenido como efecto, que el denunciante pudiera difundir o explotar un secreto empresarial, tuviera como intención la eliminación de un competidor en el mercado, o que sea producto de un engaño; por lo que, a criterio de esta Autoridad, no se configuran los requisitos necesarios de la inducción a la infracción contractual como un acto de competencia desleal a la luz de la LORCPM. [...]”.*

La compareciente, en su recurso de reposición, en lo principal señaló:

## **2. RECURSO DE REPOSICIÓN**

### **2.1.- De los Actos de Denigración. -**

En la denuncia presentada por el operador económico Lucy Marieal Tobar, la denunciante señaló que BREM CIA. LTDA, habría cometido actos de denigración consistentes en presuntas afirmaciones no veraces, como se detalla a continuación:

**2.1.1** “[...]en la oferta incorporada por la oferente el Portal de Compras Públicas y solamente de la simple lectura de las direcciones constantes en los **tres establecimientos** de RUC aperturados por la oferente se puede deducir que el primero que aparece como dirección principal, **es un domicilio y se encuentra dentro de una urbanización privada**, el segundo igualmente está dentro de una **urbanización privada** y aparece como un lugar comercial cuya actividad inicial es **el sacado de copias y la venta de bebidas no alcohólicas** y el tercero, según la dirección registrada se encuentra en el CAMINO INTERNO CANTERA POGGI, a una cuadra de la garita principal, PISO I.

Solicitamos se confirme si estas direcciones son **propiedad del oferente y cumple desde el punto de vista logístico, reglamentario y legal los requisitos para ser una fábrica del producto ofertado, esto es, EL ADITIVO DE ASFALTO.**

Solicitamos también que la EPMMOP, con el propósito de confirmar lo declarado por el oferente, **verifique la existencia y propiedad de la línea de producción, nómina de personal técnico a su cargo, trabajadores, equipos y maquinaria de procesamiento, etc [...]**. (Énfasis añadido)

**2.1.2.-** “[...]en la oferta presentada por la mencionada oferente, en el Numeral 1.8 **PERSONAL TÉCNICO MÍNIMO REQUERIDO**, señala un **QUÍMICO RESPONSABLE**, formulador y diseñador de aditivos. Lo que significa que al tener responsabilidad el mencionado profesional **debe estar en la nómina de la oferente, pero declara cero empleados en relación de dependencia [...]**”. (Énfasis añadido).

**2.1.3.-** “Para abundar en mis observaciones, de la revisión de la declaración de Impuesto a la Renta presentado por la Oferente, señora Lucy Mariela Tobar Silva, se puede observar que en el No. 105 del Formulario, “No. De empleados en relación de dependencia”, responde 0; razón por la cual pregunto para efectos de verificación si es posible que la oferente cuya profesión es Secretaria Ejecutiva, tal como consta de su cédula de ciudadanía, que ella personalmente **fabrique el aditivo de asfalto, sin que requiera de trabajadores que presten sus servicios en la supuesta línea de fabricación [...]**”.(Énfasis añadido).

**2.1.4.-** “[...] El mencionado profesional no ha ejercido el cargo de **QUÍMICO RESPONSABLE** en BREM CIA. LTDA., como lo menciona en su experiencia; y que las empresas a las cuales pone como referencia, y de las cuales es propietario o accionista, como son: **ASFALTOS DEL PACÍFICO CIA. LTDA. Y TRANSHIDRO; no se encuentran ACTIVAS y con observaciones** según los formularios adjuntos de la SUPERINTENDECIA DE COMPAÑÍAS [...]”. (Énfasis añadido).

**2.1.5.-** “[...] en sus facturas y hojas membretadas la mencionada oferente usa el logotipo de la empresa TRANSHIDRO TRANSPORTES E HIDROCARBUROS S.A., de su propiedad, la misma que **también no se encuentra ACTIVA y con observaciones** en la SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS.[...]”. (Énfasis añadido).

La denunciante aseveró también que las afirmaciones de BREM CIA. LTDA antes descritas en su mayoría son falsas, por lo que el denunciado mal podría ampararse en la “*exceptio veritatis*”, y de esta manera se demostraría su intención de interferir con la denunciante.

## **2.2.- De la Inducción a la Infracción Contractual**

El operador económico recurrente afirmó que “[...] La Resolución materia de este recurso tampoco ha analizado en forma adecuada la conducta denunciada y que versa sobre la inducción a la infracción contractual por parte de la compañía BREM, al interferir en la relación contractual que vincula a MARIELA TOBAR SILVA Y MANABI CONSTRUYE EP.

**2.2.1.-** “[...] Hemos conocido que BREM, por medio de sus representantes ha establecido **contacto verbal con funcionarios de MANABI CONSTUYE** y ha solicitado en varias ocasiones información respecto del concurso, **específicamente toda información presentada en los pliegos** que presenté en su momento [...]”. (Énfasis añadido).

**2.2.2.-** “[...] Es importante mencionar que los productos ofertados a MANABÍ CONSTRUYE no tiene ni la MARCA COMERCIAL y menos la misma FORMULACIÓN del producto ofertado para la EPMMOP. Por ello, **una investigación iniciada ante la EPMMOP por pedido de BREM no tiene nada que ver y es completamente ajeno al proceso de licitación ante MANABÍ CONSTRUYE** [...]”. (Énfasis añadido).

**2.2.3.-** “[...] En ninguna parte de la ley se indica que un proceso licitatorio pueda ser interrumpido por una investigación que está siendo efectuada en un proceso distinto. Menos aún si se tratan de productos distintos sobre los que versan los procesos licitatorios y mucho aún, cuando, como lo ha corroborado la misma Intendencia, se trata a priori de dos mercados relevantes distintos. En consecuencia, **la conclusión de que BREM no ha efectuado un acto de interferencia ante Manabí Construye, por supeditar el resultado de la investigación de otro proceso sobre otro mercado, no es adecuada y merece ser revisada** [...]”. (Énfasis añadido).

### 2.3.- Pretensión. -

*“[...] En atención a los fundamentos de hecho y derecho que anteceden, por encontrarme dentro del término legal previsto en el artículo 66 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, solicito que deje **sin efecto la resolución de abril 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 [...]”.*

### 3.- DE LAS EXPLICACIONES PRESENTADAS POR EL OPERADOR ECONÓMICO BREM CIA. LTDA.

Ante las afirmaciones expuestas el operador económico BREM CIA. LTDA., manifestó mediante escrito de 27 de mayo del 2019, las 16h29, lo siguiente:

**3.1.-** *“[...] De la simple lectura del Escrito de Recurso de Reposición, se puede evidenciar que es exactamente el mismo contenido repetitivo de la denuncia que presentó en contra de mi representada la señora LUCY MARIELA TOBAR SILVA, solo que ahora pretende hacer creer que se mal interpretó sus aseveraciones [...]”.*

**3.2.-** *“[...] de parte de mi representada jamás se ha realizado ningún tipo de acto o actos de denigración o afirmaciones falsas (como consta de su denuncia Ordinal IV) toda vez que las afirmaciones realizadas en mis escritos fueron tomadas de su misma **oferta que se encuentra publicada en el Portal de Compras Públicas del SERCOP** [...]”.* (Énfasis añadido).

**3.3.-** *“[...] la verificación de VAE realizada a LUCY MARIELA TOBAR SILVA, dio como resultado que efectivamente el operador económico estaba realizando **una falsa o errónea declaración de VAE, y beneficiándose con su "errónea declaración"** en perjuicio de la entidad contratante y de los demás oferentes. Todas las peticiones y solicitudes de mi representada han estado siempre apegadas a la Ley; jamás ha mediado ánimo alguno de causarle daño a ella ni a nadie [...]”.* (Énfasis añadido).

### 3.4.- Petición

*“[...] Por todo lo expuesto, acogiendo éste mi pronunciamiento al respecto, así como las explicaciones que obran del expediente y las pruebas que acompañé en su oportunidad, así como la Resolución sancionatoria a la denunciante expedida por el SERCOP, y la Resolución de cuyo recurso se solicita, de la manera más comedida le solicito se sirva desechar el recurso solicitado por la señora Lucy Mariela Tobar Silva y ordenar el archivo [...]”.*

### 4.- 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 las disposiciones contenidas en los artículos 49, 50 y 51 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa SCPM, establecen que esta Intendencia es competente para conocer el recurso de reposición propuesto por LUCY MARIELA TOBAR SILVA, en contra de la resolución de archivo dictada por la INICPD, de 23 de abril de 2019, dentro del expediente SCPM-IGT-INCPD-0003-2019.

### **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.

### **Determinación de los problemas jurídicos**

De conformidad con la naturaleza del recurso de reposición, a esta INICPD le corresponde resolver el recurso y las pretensiones realizadas por la recurrente.

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

#### **1.- ¿Se configuró la práctica de competencia desleal por actos de denigración contenida en el numeral 4 del artículo 27 de la LORCPM, por parte del operador económico BREM CIA? LTDA., en el caso objeto de la resolución de archivo de investigación?**

La recurrente señaló que, en la resolución de archivo, producto principal de este recurso, no se habría tomado en cuenta el presunto cometimiento de actos de denigración por parte del operador económico BREM CIA. LTDA.

En este sentido, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece:

*"[...]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.*

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 [...].<sup>1</sup>

En relación con esta conducta, Alfredo Ávila de la Torre señala:

*“[...] Para determinar la existencia de denigración [...] las afirmaciones deberán versar sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles. [...] se podrán realizar manifestaciones aptas para lograr el menoscabo del crédito de un operador en el mercado, si estas son exactas, verdaderas y pertinentes [...]”<sup>1</sup>*

Adicionalmente, respecto de los efectos de esta práctica, Esteban Barreda, Eduardo Manzanos y otros, consideran:

*“[...] Es un acto de deslealtad frente al competidor porque dificulta el ejercicio de la actividad profesional del tercero, privándole de la ventaja competitiva que le confiere su reputación, pero específicamente se trata de un acto de deslealtad frente a los consumidores, ya que supone un medio adecuado para condicionar sus preferencias e influir en sus decisiones de contratar prestaciones que se ofrecen en el mercado [...]”<sup>2</sup>*

La denigración como una práctica de competencia desleal, conlleva una manifestación de índole profesional o personal con el objetivo de lesionar o causar deshonor en la reputación de otro operador económico competidor, o en cierta medida, causar distorsión en la capacidad de decisión de los potenciales consumidores.<sup>3</sup>

En este sentido, cabe anotar que esta práctica desleal tiene como finalidad dificultar el ejercicio de la actividad comercial de un operador económico, mediante la creación de una influencia negativa en las decisiones del consumidor para su desarrollo en el mercado.

---

<sup>1</sup> Avila de la Torre Alfredo, Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, página 224

<sup>2</sup> Dossier, Competencia Desleal, 2011, Capítulo 33, Legitimación Activa, pág. 78-90. Ediciones Francisco Lefebvre S.A. Madrid España.

<sup>3</sup> Avila de la Torre Alfredo, Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, página 224

Por lo tanto, para que existan actos de denigración es necesario que se realicen afirmaciones falsas sobre un competidor, sus productos o servicios, con la finalidad de crear efectos negativos en el mercado, con respecto al operador económico agraviado.

En consecuencia, para determinar si existen indicios que nos lleven a presumir el cometimiento de prácticas desleales por actos de denigración la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, procederá a analizar las afirmaciones supuestamente realizadas por el operador económico BREM CIA. LTDA.:

### 1.- De la ubicación e idoneidad de los establecimientos.

La recurrente afirmó que BREM Cía. Ltda., habría realizado las siguientes aseveraciones:

*"[...]en la oferta incorporada por la oferente el Portal de Compras Públicas y solamente de la simple lectura de las direcciones constantes en los tres establecimientos de RUC aperturados por la oferente se puede deducir que el primero que aparece como dirección principal, es un domicilio y se encuentra dentro de una urbanización privada, el segundo igualmente está dentro de una urbanización privada y aparece como un lugar comercial cuya actividad inicial es el sacado de copias y la venta de bebidas no alcohólicas y el tercero, según la dirección registrada se encuentra en el CAMINO INTERNO CANTERA POGGI, a una cuadra de la garita principal, PISO I.*

*Solicitamos se confirme si estas direcciones son propiedad del oferente y cumple desde el punto de vista logístico, reglamentario y legal los requisitos para ser una fábrica del producto ofertado, esto es, EL ADITIVO DE ASFALTO.*

*Solicitamos también que la EPMMOP, con el propósito de confirmar lo declarado por el oferente, verifique la existencia y propiedad de la línea de producción, nómina de personal técnico a su cargo, trabajadores, equipos y maquinaria de procesamiento, etc.[...]"*

Ahora bien, respecto al caso objeto de análisis, esta Intendencia tiene en cuenta que el artículo 77 de la Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública.

**Art. 77.- Verificación de producción nacional antes de la adjudicación.- Con la finalidad de asegurar el efectivo cumplimiento de las reglas que permitan otorgar preferencias a la producción nacional, las entidades contratantes, de oficio o a petición de parte, podrán verificar únicamente la existencia de una línea de producción, transformación, taller, fábrica o industria dentro del territorio ecuatoriano, propiedad del oferente, que acredite y demuestre la producción de los bienes ofertados dentro del procedimiento de contratación pública.**

**Esta verificación se dará únicamente cuando el oferente declare "NO" en la pregunta contenida en el formulario de "Declaración de Valor Agregado Ecuatoriano de la oferta"** que consta en los modelos obligatorios de pliegos de los procedimientos de contratación pública, lo que implica que el oferente produce la totalidad o parte de su oferta. Esta verificación por parte de la entidad contratante no demostrará ni acreditará que el Valor Agregado Ecuatoriano declarado en la oferta sea verdadero. De realizarse esta verificación, la entidad contratante deberá emitir un informe debidamente justificado y motivado de la misma y sus resultados, el que deberá ser publicado dentro de los documentos del procedimiento de contratación pública en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública. De identificarse que la información declarada por el oferente no corresponda a la realidad en cuanto a su condición de productor, la entidad contratante, de manera motivada, lo descalificará del proceso y notificará al Servicio Nacional de Contratación Pública para que se realice la verificación respectiva del Valor Agregado Ecuatoriano de la oferta. (Énfasis añadido).

En la resolución No. R.I. –SERCOP- 2018- 0301-A del Subdirector del Servicio Nacional de Contratación Pública, en la que expidió la Metodología para la Verificación de la Declaración del Proveedores Respecto a su Calidad de Productor Nacional en u Procedimiento de Contratación Pública de Bienes o Servicios, en el capítulo de verificación mediante Visita In Situ establece:

*En caso de que el oferente haya declarado ser PRODUCTOR NACIONAL de los bienes de su oferta, **el SERCOP verificará la existencia de una línea de producción, taller, fabrica o industria dentro del territorio ecuatoriano, que sea de propiedad del oferente;** por medio de la cual se evidenciará si el oferente fabrica parte o todos los productos que conforman su oferta. (Énfasis añadido).*

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

**Art. 102.- Reclamaciones.- Para todos los efectos de esta Ley, quienes tengan interés directo, que se consideren afectados por las actuaciones realizadas por entidades contratantes previstas en el artículo 1 de esta Ley podrán presentar un reclamo motivado ante el Servicio Nacional de Contratación Pública,** quien en caso de considerar la existencia de indicios de incumplimiento de las normas de la presente ley, su reglamento y las regulaciones, normas técnicas y demás normativa emitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, notificará de este particular a la máxima autoridad de la entidad contratante, quién dispondrá la suspensión del proceso por el plazo de siete días hábiles, en el que deberá presentar las pruebas y argumentos técnicos correspondientes.

*Al término del plazo previsto en este artículo, la máxima autoridad de la entidad contratante podrá implementar las rectificaciones que correspondan, o continuar con el proceso.*

*El Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP podrá sugerir medidas necesarias para rectificar el proceso y, de ser el caso, la suspensión definitiva del procedimiento precontractual y notificará a los órganos de control competentes. El reclamo que trata el presente artículo, se podrá ejercer sin perjuicio del recurso administrativo previsto en esta Ley que se pueda interponer contra actos administrativos expedidos por las entidades públicas; y, las acciones judiciales previstas en la normativa vigente.*

**Todo esto sin perjuicio de una reclamación ante la misma entidad contratante, de así considerarlo quien tenga interés directo.**

*Operará la preclusión de derechos, una vez transcurridos tres días hábiles después de concluida cada fase del proceso de contratación pública.*

*Los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la Ley.*

*La suspensión del proceso no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes. (Énfasis añadido)*

#### Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional Contratación Pública

**Art. 150.- Derecho a reclamar.- Los oferentes que se consideren afectados en sus intereses por actos administrativos emitidos por las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley, por asuntos relacionados con su oferta, respecto al trámite precontractual o de la adjudicación, tendrán derecho a presentar las reclamaciones de conformidad al procedimiento previsto en el presente capítulo.**

*En las reclamaciones los oferentes podrán petitionar o pretender:*

- 1. La formulación de observaciones, consideraciones y reservas de derechos, cuando se impugnaren los actos de simple administración; y,*
- 2. La enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de actos administrativos relacionados con los procedimientos de contratación en los que intervengan.*

**El reclamo se presentará por escrito ante el órgano autor del hecho, comportamiento u omisión; emisor del acto administrativo; o ante**

**aquel al cual va dirigido el acto de simple administración, en el término de cinco días contados a partir de la notificación. El órgano puede dictar medidas de mejor proveer, y otras para atender el reclamo.**

*El órgano ante quien se presente el reclamo tendrá un término de quince días para resolverlo, contado a partir de la fecha de la providencia de calificación del reclamo. El reclamo y su resolución serán publicados en el Portal [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec). (Énfasis añadido)*

El Código Orgánico Administrativo establece:

*Art. 149.- Persona interesada. Además de las personas a quienes la administración pública ha dirigido el acto administrativo, se considerará persona interesada en el procedimiento administrativo la que:*

**1. Promueva el procedimiento como titular de derechos o intereses legítimos** individuales o colectivos. *En el caso de intereses colectivos, la persona titular demostrará tal calidad por cualquiera de los medios admitidos en derecho. [...]*

*El interés legítimo invocado, individual o colectivo, no puede ser meramente hipotético, potencial o futuro. (Énfasis añadido).*

En el caso concreto, de la revisión del expediente consta la resolución No. RA-SG-SERCOP-2019-0065, emitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública, el día 11 de febrero del 2019, en la que se analizó la declaración del Valor Agregado Ecuatoriano, realizado por LUCY MARIELA TOBAR SILVA, dentro del proceso de contratación pública No. SIE-EPMMOP-062-2018, para la “Adquisición de Aditivo de Asfalto”, en dicha resolución consta como antecedente que el 4 de enero de 2019, el SERCOP notificó a LUCY MARIELA TOBAR SILVA, sobre el inicio del proceso de verificación del VAE declarado. Asimismo consta que el 6 de enero de 2019, la oferente habría enviado su respuesta, con relación a la mencionada notificación.

Del mismo modo, dentro de los considerandos que motivan la resolución señalada, se menciona que luego de haber realizado el proceso investigativo correspondiente, el 5 de febrero del 2019, el SERCOP emitió el informe final de verificación, del VAE, dentro del caso No. VAE-GYE-2019-002-JC, en el que se estableció que: “[...]En cuanto a los insumos, ninguno de los documentos entregados indica el origen de los mismos, es decir que, tampoco se pudo verificar que los insumos mencionados como nacionales en realidad lo sean, lo cual nuevamente evidencia que la oferente no sustenta una condición de PRODUCTORA NACIONAL, como lo declaró”.

Además, el SERCOP en su informe señaló que:

*“[...] En base a los argumentos expuestos, se evidencia que el proveedor compra la producción realizada por EMULPAC a un costo de USD 2.00/kg (a través de una figura de maquila), para luego entregarla a la entidad contratante, En tal virtud la oferente se benefició de la preferencia por VAE y no sustentó su declaración como productora, por lo que le correspondía un porcentaje de VAE de 0%.*

*[...]Sobre la base de los resultados observados, se concluye que la proveedora TOBAR SILVA LUCY MARIELA, ha presentado erróneamente su declaración de Valor Agregado Ecuatoriano, pues no se evidencia que se trate de una PRODUCTORA, generando afectación a la entidad contratante y a otros proveedores.*

*[...] En virtud de lo expuesto y considerando lo establecido en el numeral 8.5.1., de la sección “Régimen Sancionatorio” contenida en la Metodología para la Verificación de Declaración del Proveedor Respecto a su Calidad de Productor Nacional en un Procedimiento de Contratación Pública de bienes o Servicios; se considera esta infracción como LEVE, por lo que se recomienda al Subdirector General del SERCOP se aplique una sanción de 60 días de suspensión en el RUP.”*

Con base en estos argumentos el SERCOP resolvió sancionar al operador económico LUCY MARIELA TOBAR SILVA, por haber realizado una declaración errada del VAE dentro de un proceso de contratación pública, con la suspensión del RUP por 60 días,

En relación a las actuaciones realizadas por el operador económico BREM Cía. Ltda., esta Intendencia considera que sus actuaciones fueron realizadas en el marco de las facultades que la ley le atribuye, teniendo en cuenta que, contaba con el legítimo interés de solicitar a la autoridad competente que verifique el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley, pliegos y términos de referencia para los procesos de contratación pública.

Respecto del punto analizado, esta Intendencia considera que BREM Cía. Ltda., no realizó aseveraciones que puedan ser considerar denigratorias; por el contrario, su actuación se limitó a solicitar al SERCOP, que se confirme la propiedad de las direcciones de los establecimientos señalados por el oferente, además habría solicitado, entre otros, que la EPMMOP, verifique la existencia y la propiedad en la línea de producción, equipos, maquinaria, etc, requisitos contenidos en el artículo 77 de la Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública.

En tal sentido, el SERCOP, procedió a realizar la verificación del VAE declarado por la recurrente, y luego de realizar el proceso correspondiente, determinó que la misma no era productora del bien objeto de la contratación por el contrario, LUCY MARIELA TOBAR SILVA compraría a un costo de USD 2.00/kg de producto a la empresa EMULPAC, a través de la figura de maquila, para luego abastecer la demanda de la entidad contratante.

En este sentido, es criterio de esta Intendencia que no existirían aseveraciones falsas, inexactas o impertinentes realizadas por BREM Cía. Ltda., sino que, por el contrario este operador económico realizó un pedido de verificación ante la autoridad competente, a fin de que investigue y resuelva una posible declaración errada del VAE.

Finalmente, en relación al punto analizado, es criterio de este órgano que BREM Cía. Ltda., al solicitar la verificación del cumplimiento de lo contenido en el artículo 77 de la de la Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, entre los que constan la propiedad del oferente de una línea de producción, transformación, taller, fábrica o industria dentro del territorio ecuatoriano no constituyen actos de denigración en el mercado relevante a la luz de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

## **2. Del Personal Técnico Mínimo Requerido**

En este punto de análisis el operador económico BREM Cía. Ltda., habría realizado las siguientes afirmaciones:

*“[...]en la oferta presentada por la mencionada oferente, en el Numeral 1.8 PERSONAL TÉCNICO MÍNIMO REQUERIDO, señala un QUÍMICO RESPONSABLE, formulador y diseñador de aditivos. Lo que significa que al tener responsabilidad el mencionado profesional debe estar en la nómina de la oferente, pero declara cero empleados en relación de dependencia [...]”.*

*“[...] Para abundar en mis observaciones, de la revisión de la declaración de Impuesto a la Renta presentado por la Oferente, señora Lucy Mariela Tobar Silva, se puede observar que en el No. 105 del Formulario, “No. De empleados en relación de dependencia”, responde 0; razón por la cual pregunto para efectos de verificación si es posible que la oferente cuya profesión es Secretaria Ejecutiva, tal como consta de su cédula de ciudadanía, que ella personalmente fabrique el aditivo de asfalto, sin que requiera de trabajadores que presten sus servicios en la supuesta línea de fabricación [...]”.*

De lo antes señalado la recurrente afirmó:

*“[...] Tal afirmación es falsa e incorrecta, pues la ley admite que se pueda contratar servicios técnicos especializados, lo que excluye tener cualquier relación de dependencia [...]”.*

En relación al punto señalado, esta Intendencia considera que en los procesos de contratación pública, la autoridad administrativa es quien está obligada a realizar el procedimiento de verificación de la información declarada por los operadores económicos participantes, conforme los pliegos y términos de referencia solicitados por la entidad contratante.

En tal sentido, son los pliegos y términos de referencia los cuales contienen los requisitos a ser cumplidos por los participantes en el proceso de contratación; es por ello, que la entidad contratante al calificar las ofertas realizadas por los interesados solo puede valorar lo estrictamente requerido en dichos pliegos y término y no otros elementos distintos.

En este sentido, el numeral 4 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece:

*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... (Énfasis añadido)***

En este sentido, para afectar el mercado relevante por actos de denigración, las aseveraciones realizadas, utilizadas o difundidas deben tener el efecto real o potencial de menoscabar el crédito del operador económico en el mercado afectado.

Como se indicó en la resolución de archivo de 23 de abril de 2019, en contratación pública el mercado relevante se define por las especificaciones técnicas, características del bien y la fecha límite de presentación de solicitudes<sup>4</sup>, lo que significa que el mercado relevante está comprendido únicamente por el proceso de contratación en sí. Es decir, cada proceso de contratación pública constituye un único mercado relevante, delimitado por los pliegos y términos de referencia.

En tal virtud, en materia de contratación pública, esta Intendencia considera que las aseveraciones realizadas por los operadores económicos que pudieran ser calificadas como actos de denigración son aquellas emitidas por terceros que no sean exactas, verdaderas y pertinentes, respecto del cumplimiento de requisitos contenidos en los pliegos o términos de referencia que pudieran inducir a error de la administración pública en la adjudicación de la oferta, suspensión o terminación unilateral del proceso de contratación.

A criterio de esta autoridad no constituyen actos de denigración aquellas aseveraciones que no se relacionen con los requisitos contenidos en los pliegos o términos de referencia,

<sup>4</sup> Criterio aceptado por la OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, 2012), Market Definition. Policy Roundtables. DAF/COMP (2012)19.

debido a que las mismas no pueden generar efecto potencial o real de menoscabar el crédito del operador económico en el proceso de contratación pública -es decir, en el mercado relevante-.

En caso objeto de análisis esta Intendencia ha verificado que dentro de la información constante en el proceso de contratación de subasta inversa electrónica No. SIE-EPMMOP-062-2018, reposa el documento denominado “Especificaciones Generales y Técnicas”, en cuyo numeral 5.3., en relación al requisito del personal técnico mínimo señala lo siguiente: “[...] **PERSONAL TÉCNICO MÍNIMO**. En el presente proceso, la EPMMOP no requiere evaluar este parámetro [...]”.

Por lo indicado, en los pliegos y términos de referencia en la subasta inversa electrónica No. SIE-EPMMOP-062-2018 la entidad contratante no exigió ni evaluó que los oferentes cuenten con el personal técnico mínimo; por lo que, las aseveraciones supuestamente realizada por BREM Cía LTDA respecto a que el personal técnico de LUCY MARIELA TOBAR SILVA no puede afectar el crédito del operador económico en el mercado relevante, al no ser especificaciones requeridas por la entidad contratante.

Por lo indicado, esta Intendencia considera que las aseveraciones realizadas por el operador económico denunciado no constituyen actos de denigración en el mercado relevante contenido en la subasta inversa electrónica No. SIE-EPMMOP-062-2018.

### 3. De la Experiencia Mínima Requerida

En relación a este punto BREM Cía. Ltda., manifestó lo siguiente, con referencia al Doctor Edison Rodrigo Páez escobar:

*“[...] El mencionado profesional no ha ejercido el cargo de QUÍMICO RESPONSABLE en BREM CIA. LTDA., como lo menciona en su experiencia; y que las empresas a las cuales pone como referencia, y de las cuales es propietario o accionista, como son: ASFALTOS DEL PACÍFICO CIA. LTDA. Y TRANSHIDRO; no se encuentran ACTIVAS y con observaciones según los formularios adjuntos de la SUPERINTENDECIA DE COMPAÑÍAS [...]”.*

En relación a este punto, BREM Cía. Ltda., en favor del Doctor Rodrigo Páez Escobar, en calidad de Gerente Técnico. En dicho documento, consta el siguiente párrafo: “[...] cabe indicar, que en su calidad de Gerente Técnico deberá ejercer (sic) manejo de productos químicos [...]”.

Asimismo consta, el certificado emitido por BREM Cía. Ltda., el día 27 de enero de 1998, en el que consta: “[...] a petición verbal del Dr. Edison Rodrigo Páez P. portador de la cédula de identidad No. 060154684-9, certifico que trabaja en nuestra empresa desde diciembre de 1997 y desempeña el cargo de gerente técnico [...]”.

De acuerdo con lo antes señalado, el Doctor Edison Rodrigo Páez habría prestado sus servicios en la compañía BREM Cía. Ltda., realizando el manejo de productos químicos, motivo por el cual se podría inferir que el mismo contaría con experiencia en el área.

Sin embargo, al revisar las Especificaciones Generales y Técnicas, emitidas por la EPMMOP dentro la subasta inversa electrónica No. SIE-EPMMOP-062-2018se evidencia lo siguiente:

“[...] **5.4. EXPERIENCIA MÍNIMA DE PERSONAL TÉCNICO.-** En el presente proceso, la EPMMOP no requiere evaluar este parámetro.

**5.5. EXPERIENCIA GENERAL MÍNIMA.-** En el presente proceso, la EPMMOP no requiere evaluar este parámetro.

**5.6.- EXPERIENCIA ESPECÍFICA MÍNIMA.-** La EPMMOP requiere:”

DESCRIPCIÓN	TEMPORALIDAD	NUMERO DE PROYECTOS SIMILARES	MONTOS CONTRACTUALES USD
El proveedor tendrá que acreditar experiencia en la provisión de aditivo para asfalto.	Dentro de los últimos cinco (5) años previos a la fecha de publicación del procedimiento	Al menos 1	US\$3.429,60  Si. Permite alcanzar el monto a través de la sumatoria de presupuesto de los proyectos de los proyectos  Monto mínimo por proyecto US\$ 171,48

Como se desprende de los puntos citados, la entidad contratante no requería de experiencia mínima de personal técnico, ni experiencia general mínima, sino únicamente, experiencia específica del proveedor en la provisión de aditivo para asfalto dentro de los 5 años previos a la fecha de publicación del proceso.

Por lo indicado, en los pliegos y términos de referencia en la subasta inversa electrónica No. SIE-EPMMOP-062-2018 la entidad contratante no exigió ni evaluó que la experiencia mínima del personal técnico del personal; por lo que, las aseveraciones supuestamente realizada por BREM Cía LTDA respecto a la experiencia del personal técnico de LUCY MARIELA TOBAR SILVA no puede afectar el crédito del operador económico en el mercado relevante, al no ser especificaciones requeridas por la entidad contratante.

Por lo indicado, esta Intendencia considera que la aseveración realizada por el operador económico denunciado no constituye actos de denigración en el mercado relevante contenido en la subasta inversa electrónica No. SIE-EPMMOP-062-2018.

#### **4. Del factura usadas por LUCY MARIELA TOBAR SILVA.**

En relación a este punto, de acuerdo con la recurrente, BREM Cía. Ltda. habría aseverado: “[...] en sus facturas y hojas membretadas la mencionada oferente usa el logotipo de la empresa TRANSHIDRO TRANSPORTES E HIDROCARBUROS S.A., de su propiedad, la misma que también no se encuentra ACTIVA y con observaciones en la SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS[...]”.

En el expediente consta como documento adjunto a la denuncia, la factura número 001-001-0001194, emitida el 29 de enero del 2019, con el ruc No. 1500255821001, perteneciente a Tobar Silva Lucy Mariela, en cuyo encabezado consta el nombre comercial TRANSHIDRO.

De acuerdo con la información extraída del portal web del SRI, y a lo aseverado por la recurrente, se evidencia que el nombre comercial TRANSHIDRO, consta como establecimiento matriz de la señora LUCY MARIELA TOBAR SILVA, quien sería propietaria y representante legal de la empresa en liquidación, TRANSPORTES E HIDROCARBUROS S.A., TRANSHIDRO, según la información de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

En tal sentido, las aseveraciones realizadas por el presunto infractor para que sean consideradas como actos de denigración deben ser tales que puedan influir en el criterio de la entidad contratante, es decir, deben tener el efecto real o potencial de inducir o modificar el criterio de la autoridad administrativa.

Al respecto, las entidades públicas deben ceñirse estrictamente al ordenamiento jurídico, a los pliegos y términos de referencia correspondientes, por lo que las aseveraciones respecto de la utilización de logos o nombres comerciales por parte de operador económico recurrente no influye en las decisiones que tome dicha entidad en los procesos de contratación.

En tal virtud, esta Intendencia considera que las afirmaciones referidas no pueden menoscabar el crédito de la recurrente, ni tener incidencia real o potencial en los mercados relevantes delimitados por los procesos de contratación 1) No. SIE-EPMMOP-062-2018; y, 2) No. SIE-EPMC-026-2018.

**2.- ¿Se configuró la práctica de competencia desleal por actos de inducción a la infracción contractual, tipificada en el número 8 del artículo 27 de la LORCPM, por parte del operador económico BREM CIA. LTDA.?**

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece:

**“[...] 8.- Inducción a la infracción contractual. - Se considera desleal la interferencia por un tercero en la relación contractual que un competidor mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tenga como propósito inducir a éstos a infringir las obligaciones que han contraído. Al tenor de lo dispuesto en este párrafo, no será necesario que la infracción se refiera a la integridad de las obligaciones contraídas mediante el contrato, sino que bastará que se vincule con algún aspecto esencial del mismo. Del mismo modo, para que se verifique la deslealtad, no será necesario que el tercero que interfiera se subroge en la relación contractual que mantenía su competidor con quien infrinja sus obligaciones contractuales.**

*La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas. [...]” (Énfasis añadido).*

Por otro lado, Eva Domínguez Pérez, expresa:

*“[...] requiere necesariamente la existencia de una relación contractual, relación sobre la que precisamente un tercero ejercita una determinada actividad con el propósito de que el sujeto pasivo infrinja los deberes contractuales básicos derivados de la relación contractual que le vincula con su contraparte en ésta [...]”.*<sup>5</sup>

En este sentido, para que exista este tipo de comportamiento desleal es necesario que exista siempre una relación jurídica proveniente de un contrato, vigente a la fecha de la presunta infracción. *“[...] Sin contrato válido o eficaz, no puede haber incumplimiento, tampoco puede haber extinción [...]”.*<sup>6</sup>

Es importante destacar que la conducta puede resultar de una propuesta expresa o cualquier tipo de comportamiento idóneo para motivar a otro a no cumplir con las obligaciones derivadas de un contrato. Claro está, que esta actividad deberá ser idónea para provocar que una de las partes contractuales no cumpla con sus obligaciones.

---

<sup>5</sup> Domínguez Pérez Eva, Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, página 387

<sup>6</sup> Cabanellas de las Cuevas Guillermo, Derecho de la Competencia Desleal, Heliasta, Volumen 3, Buenos Aires, 2014, Página 565-587.

La LORCPM prevé dos escenarios de inducción a la infracción contractual, para ello habrá que establecer si la ruptura contractual fue irregular o regular. En el primer caso, la ruptura de la relación contractual se da por el incumplimiento de una o varias cláusulas del contrato, en su contenido esencial. Mientras que, en el segundo caso, en la terminación regular del contrato, para que se repute desleal es necesario que “...siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas”. Sin embargo, en ambos casos es necesaria la existencia previa de un contrato.

Dentro del caso concreto, cabe indicar que LUCY MARIELA TOBAR SILVA, afirmó que las expresiones del operador económico BREM Cía. Ltda., afectarían su relación con los clientes EPMMOP y MANABÍ CONSTRUYE, incluso podrían dejarla fuera del mercado.

#### **1. Del proceso de contratación SIE-EPMMOP-062-2018, con la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas.**

En este punto de análisis la recurrente afirma lo siguiente:

*“[...] El acto desleal efectuado por BREM ante la EPMMOP evidentemente tuvo la intención de desplazar a MARIELA TOBAR SILVA del mercado. Esto sin duda puede llevar, además, a un fortalecimiento de BREM dentro del mercado de (sic) relevante, por razones ajenas a la eficiencia económica [...]”.*

En este sentido, como se expuso en la resolución de 23 de abril del 2019, las 15h00, del análisis de la notificación sobre el inicio del proceso para verificación del VAE, dentro del procedimiento No. SIE-EPMMOP-062-2018, el SERCOP, se determina que dicha entidad recomendó “[...] no continuar con la etapa contractual del proceso, hasta que hayamos concluido con esta indagación; en caso de concluir que existe una declaración errónea del VAE, les notificaremos procedan con los actos administrativos que correspondan [...]”.

De la información que reposa en el expediente se colige que si bien LUCY MARIELA TOBAR SILVA habría sido, en principio, adjudicada en el proceso de contratación SIE-EPMMOP-062-2018, no llegó a existir la firma del contrato con la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas, el elemento esencial para la configuración de la conducta de competencia desleal por inducción a la infracción contractual, conforme se encuentra redactado en el numeral 8 del artículo 27 de la LORCPM.

Por otra parte, de acuerdo con los hechos relatados por la recurrente la inducción a la infracción contractual se habría producido, en consecuencia de las afirmaciones supuestamente realizadas por BREM Cía. Ltda., sin embargo, como se argumentó en líneas anteriores, no se ha configurado el ilícito de actos de denigración, en los términos contenidos en la LORCPM.

## **2. Del proceso de contratación SIE-EPMC-026-2018, con la Empresa Pública Manabí Construye.**

En relación a este punto, la recurrente afirmó lo siguiente:

*“[...] El acto desleal efectuado por BREM ante MANABÍ CONSTRUYE también es apto para desplazar a MARIELA TOBAR del mercado, pues podrían poner en riesgo la vigencia del contrato suscrito con esta entidad.*

*Es importante mencionar que los productos ofertados a MANABÍ CONSTRUYE no tienen ni la MARCA COMERCIAL y menos la misma FORMULACIÓN del producto ofertado para la EPMMOP. Por ello, una investigación iniciada ante al EPMMOP por pedido de BREM. Por ello, una investigación iniciada ante la EPMMOP por pedido de BREM no tiene nada que ver y es completamente ajeno al proceso de licitación ante MANABÍ CONTRUYE [...]”*

En este sentido, mediante resolución número 04-EPMC-2019, de 10 de enero de 2019, el representante legal de MANABÍ CONSTRUYE, le habría adjudicado el contrato dentro del proceso SIE-EPMC-026-2018.

Asimismo alegó que:

*“Sobre este proceso de contratación, BREM efectuó actos desleales para impedir la firma del contrato una vez adjudicado.*

*Una vez firmado el contrato con MANABÍ CONSTRUYE, BREM ha persistido los intentos de que se me despoje de este contrato firmado.*

*Copia del oficio materia de esta denuncia y que contiene afirmaciones denigrantes en mi contra y que hemos escrito anteriormente ha sido remitido en copia a la empresa MANABÍ CONSTRUYE, posiblemente con el fin de incidir en forma ilegítima en un contrato legalmente celebrado con la indicada entidad.*

*Hemos conocido que BREM por medio de sus representantes, ha establecido contacto verbal con funcionarios de MANABÍ CONSTRUYE y ha solicitado en varias ocasiones esta información, respecto del concurso, específicamente toda la información presentada, en los pliegos que presenté en su momento.*

*Consta a fojas 499-502 del proceso, las comunicaciones de BREM hacia MANABÍ CONSTRUYE. Tales actos de intromisión indebida, solo pueden tener como explicación su afán de interferir en una relación contractual, válidamente efectuada, posiblemente con el objetivo de que se dé por terminada esta relación contractual en forma unilateral [...]”.*

En este contexto esta Intendencia considera que los hechos relatados por la recurrente carecen de la potencialidad para inducir a la entidad contratante a activar la cláusula de terminación unilateral del contrato, toda vez que en aplicación del principio de legalidad las entidades del Estado deben sujetarse en estricto apego a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente.

En este sentido, para que la autoridad contratante de por terminado unilateralmente este contrato debe motivar su decisión al amparo de lo establecido en el artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que determine las causales, de la terminación unilateral, dejando de lado, el arbitrio del funcionario público.

En este orden de ideas, de acuerdo con la Disposición General Primera de la Codificación y Actualización de Resoluciones del SERCOP, *“cuando el Servicio Nacional de Contratación Pública, o las entidades contratantes identifiquen que los oferentes o contratistas hubieren alterado o faltado a la verdad, sobre la información otorgada en cualquier etapa de los procedimientos de contratación [...], dicha falsedad será causal para que la entidad contratante lo descalifique del procedimiento de contratación, lo declare adjudicatario fallido o contratista incumplido según corresponda [...].”*

Finalmente, previo declarar la terminación unilateral de un contrato, deberá mediar, un procedimiento de verificación de causales por parte de la entidad contratante, de tal modo, que el simple acercamiento o la presentación de documentación no puede ser motivo suficiente para generar un daño real o potencial en el mercado relevante SIE-EPMC-026-2018 delimitado en el procedimiento de contratación respectivo.

## **CONCLUSIONES. -**

Con base en el análisis expuesto, esta Intendencia concluye que:

- Sobre los presuntos actos de denigración, esta Intendencia analizó, cada una de, las afirmaciones supuestamente realizadas por BREM Cía. Ltda., y denunciadas como denigratorias por LUCY MARIELA TOBAR SILVA, concluyendo lo siguiente:
  - Con relación a la primera afirmación esta autoridad considera que no ha existido denigración por cuanto la solicitud de verificación de la propiedad del oferente de una línea de producción, transformación, taller, fábrica o industria dentro del territorio ecuatoriano establecidas como requisito en el artículo 77 de la Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública no constituyen actos de denigración en el mercado relevante, a la luz de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.
  - Con relación a las aseveraciones 2, 3 y 4, esta Intendencia considera que no existió daño real o potencial, toda vez que, los requisitos de personal mínimo requerido, experiencia mínima requerida y nombre comercial constante en las

facturas no constituyen requisitos indispensables a valorarse por la entidad contratante previo a la adjudicación, por lo que no puede afectar el crédito del operador económico en el mercado relevante, al no ser especificaciones requeridas por la entidad contratante.

- Con relación a la Inducción a la Infracción Contractual, denunciada, esta autoridad concluye:
  - Del proceso de contratación SIE-EPMMOP-062-2018, con la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas, no se configura el acto de inducción a la infracción contractual al no existir un contrato firmado a la fecha de las aseveraciones realizadas por BREM Cía. Ltda., requisito indispensable a la luz del numeral 8 del artículo 27 de la LORCPM.
  - Del proceso de contratación SIE-EPMC-026-2018, con la Empresa Pública Manabí Construye, las actuaciones de BREM Cía. Ltda., de remitir oficios a la Empresa Pública Manabí Construye, no son capaces de inducir a la entidad contratante para dar por terminado un contrato de forma unilateral, toda vez que tales hechos deben ser comprobados dentro de un debido proceso en el que se compruebe la concurrencia de una o varias causales de terminación unilateral del contrato previstas en el artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Por las consideraciones expuestas esta Intendencia **RESUELVE:**

**PRIMERO:** Negar el recurso de reposición presentado por la compañía LUCY MARIELA TOBAR SILVA, en contra de la resolución 23 de abril del 2019, las 15h00, dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-003-2019.

**SEGUNDO:** Ratificar en todas sus partes la resolución de 23 de abril de 2019, las 15h00.

**Notifíquese, y Cúmplase.**



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

REF-SCPM-IGT-INICPD-RS-2019-046