INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES

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

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO. - INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES.- Quito D.M., 23 de abril de 2019, las 15h00.- **VISTOS.-** En mi calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-0110-2019-A de 22 de marzo de 2019, en uso de mis facultades legales administrativas, dentro del presente proceso de investigación avoco conocimiento y en lo principal se deja sentado lo siguiente: **PRIMERO.- 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 expone que la compañía BREM CIA. LTDA, habría cometido prácticas desleales, por el presunto cometimiento de 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)** Mediante providencia de 11 de marzo del 2019, las 12h30, se requirió al operador económico recurrente, completar y aclarar la denuncia; **3)** Mediante 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)** Mediante providencia de 18 de marzo del 2019, las 14h00, se corrió traslado con el contenido de la denuncia y anexos al operador económico BREM CIA. LTDA y se solicitó al mismo, la presentación de explicaciones en el término de 15 días, contados a partir de la notificación; **5)** Mediante 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. **SEGUNDO.- COMPETENCIA.-** La competencia de esta autoridad se constituye de conformidad a lo dispuesto en el artículo 213 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 53 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; el artículo 56 de su Reglamento de Aplicación; y, el numeral 2.2.3 del artículo 5 del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- **TERCERO.- VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el expediente no se encuentran vicios de procedimiento que puedan generar nulidad en esta fase administrativa, por lo que esta autoridad declara la validez procesal. **CUARTO.- DETERMINACIÓN PRECISA DE LOS DENUNCIADOS, SU CASILLERO ELECTRÓNICO O EL CORREO ELECTRÓNICO.- 4.1.-** El operador económico BREM CIA LTDA, en calidad de denunciado, con RUC 1791290275001 y estado de contribuyente ACTIVO, con fecha de inicio de actividades el 30 de marzo de 1995, en calidad de

Av. de los Shyris N44-93 y Río Coca, Edificio Ocaña
PBX: (593 2) 395 6010
www.scpm.gob.ec
Quito - Ecuador

representante legal, la señora Elizabeth del Carmen Pilco Concha, con cédula 1713276887, que de acuerdo con el Servicio de Rentas Internas (SRI), su actividad económica principal es la "instalación y equipamiento de proyectos electromecánicos". Como establecimiento matriz se encuentra la dirección Quito, Mariscal Sucre Pasaje Alfonso Jervez N26-114 y Av. Orellana. Dentro del presente expediente constan las siguientes direcciones de notificación: **4.1.1.-** Direcciones electrónicas: hope6427@hotmail.com, elypilco_05@hotmail.com ; contabilidad@brem.com.ec; pburbano@brem.com.ec, **4.1.2.-** La casilla judicial 1359 del Palacio de Justicia de Quito. **QUINTO.- LA CONDUCTA OBJETO DE INVESTIGACIÓN, LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS BIENES O SERVICIOS QUE ESTARÍAN SIENDO OBJETO DE LA CONDUCTA, LOS BIENES O SERVICIOS SIMILARES PRESUNTAMENTE AFECTADOS, LA DURACIÓN DE LA CONDUCTA, LA IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES, SU RELACIÓN ECONÓMICA EXISTENTE CON LA CONDUCTA, LA RELACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE PRUEBA PRESENTADOS.- 5.1.- LAS CONDUCTAS OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN.-** De acuerdo con la denuncia presentada por la señora LUCY TOBAR, con fecha 28 de febrero de 2019, las 12h33, con ID 126320, se acusa al operador económico BREM CIA. LTDA., del presunto cometimiento de actos de denigración e inducción a la infracción contractual previstos en los artículos 27 números 4 a) y 8 de la LORCPM. **5.2.- CARACTERÍSTICAS DE LOS BIENES Y SERVICIOS INVESTIGADOS.- ANÁLISIS ECONÓMICO DEL PRESENTE CASO.-** De conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), a efectos de aplicar esta Ley, se determinará para cada caso el mercado relevante, lo que se prosigue a realizar a continuación. **DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE.-** De acuerdo con lo establecido en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, "[...] a efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. [...] El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos". En términos generales, el mercado relevante se puede definir como el conjunto de bienes y servicios que son considerados por los consumidores como sustitutos entre ellos y el producto bajo investigación, y que además compiten entre sí en una determinada área geográfica. Es decir, el mercado relevante está delimitado por (1) el mercado del producto o servicio investigado y sus sustitutos; y, (2) por su respectivo mercado geográfico. **MERCADO DEL PRODUCTO.-** El mercado del producto comprende el conjunto de bienes o servicios que el consumidor considera sustituibles o intercambiables, en razón de sus características, su precio, su uso, su sistema de distribución, o sus definiciones legales o reglamentarias.[1] Para determinarlo, es

[1] Comunicación relativa a la definición del mercado relevante a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. *Eur-Lex, Diario Oficial de la Unión Europea,* Diario Oficial n° C372, 09/12/1997, p. 0005 –

Av. de los Shyris N44-93 y Río Coca, Edificio Ocaña
PBX: (593 2) 395 6010
www.scpm.gob.ec
Quito - Ecuador

necesario considerar las presiones desde el punto de vista de la competencia, las cuales consisten en (i) la sustitución de la demanda y (ii) la sustitución de la oferta. La primera, hace referencia a la presencia en el mercado de productos o servicios que los consumidores consideran intercambiables, para lo que hay que analizar la sensibilidad de la demanda ante variaciones en el precio del bien, las preferencias de los consumidores y los costos que éstos enfrentan al hacer una sustitución; la segunda estudia la existencia de oferentes que estén dispuestos a dedicarse de manera inmediata y poco costosa a producir los bienes o servicios del mercado relevante cuando éstos suben de precio. En línea con lo anterior, se define el producto o servicio de la investigación con el objetivo de determinar su correspondiente mercado relevante. De esta manera, de acuerdo con la denuncia presentada, en la que el operador económico LUCY TOBAR acusa al operador económico BREM CIA LTDA de incurrir en presuntas prácticas desleales, en el contexto de las ofertas presentadas en mercado delimitado en función de las necesidades específicas de un proceso de contratación pública (subasta inversa electrónica), para lo cual es importante describir las generalidades requeridas en estos procesos, tanto en conceptos establecidos dentro del marco regulatorio ecuatoriano, como en las características de los productos y/o servicios ofertados. En ese sentido, en primer lugar, se consideran los conceptos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP, en adelante), precisamente en sus artículos 18 y 47, referente a la participación individual o en asociación en las contrataciones reguladas, se requiere constar con el Registro Único de Proveedores (RUP), como proveedor habilitado. Por otro lado, de acuerdo con la sección de "Subasta Inversa Electrónica", que se realiza para la adquisición de bienes o servicios normalizados que no consten dentro del catálogo electrónico. Estos operadores contratantes deberán realizar subastas inversas, en las cuales los proveedores de bienes y servicios equivalentes, pujan hacia la baja del precio ofertado. Además, dentro del Reglamento de la LOSNCP artículo 4, en el que establece la calificación de participantes y oferta económica inicial, para el efecto se procede a calificar las ofertas técnicas de los participantes que hubieran cumplido con las condiciones definidas en los pliegos[2]. Esto demuestra que, en la ejecución de un proceso de SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA, al ser bienes o servicios normalizados que no se encuentren en el catálogo electrónico, el factor determinante en la puja, es el precio. En segundo lugar, se analizan las características del producto investigado, con base a los parámetros delimitados por los pliegos de la contratación de la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas (EPMMOP) dentro de la Subasta Inversa Electrónica N°. **SIE-**

0013, [Online], disponible: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):ES:HTML [Accedido 01 octubre 2013].

[2] Art. 20 La entidad contratante elaborará los pliegos para cada contratación, para lo cual deberá observar los modelos elaborados por el SERCOP que sean aplicables (...) Los pliegos establecerán las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios de la obra a ejecutar, el bien por adquirir o el servicio por contratar y todos sus costos asociados, presente y futuros (...). Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Av. de los Shyris N44-93 y Río Coca, Edificio Ocaña
PBX: (593 2) 395 6010
www.scpm.gob.ec
Quito - Ecuador

EPMMOP-062-2018 "ADQUISICIÓN DE ADITIVO DE ASFALTO (MONTO USD. 55.200,00 más IVA)", se definen las siguientes características: aditivo para mejorar la adherencia del asfalto con los agregados, el mismo que más de un 95 por ciento de este material bituminoso permanezca impregnado las partículas (después de realizado el ensayo de resistencia a la peladura, según norma AASHTO T 182) y, disminuya la susceptibilidad de la mezcla asfáltica en caliente a la humedad. Éste, debe ser amigable con el medio ambiente, soluble en agua y en el betún (asfalto). El producto será de fácil vertido y dispersión en el cemento asfáltico. Por otro lado, el segundo mercado producto se encuentra delimitado por las características definidas en los pliegos de la contratación de la Empresa Pública de Manabí Construye (EPMC) dentro de la Subasta Inversa Electrónica del proceso N°. **SIE-EPMC-026-2018** "ADQUISICIÓN DE CANECAS DE ADITIVOS PARA EL ASFALTO AC20 EN LA ELABORACIÓN DE MEZCLA ASFALTICA PRODUCIDA EN LA PLANTA DE ASFALTO DE LA EMPRESA PÚBLICA DE MANABÍ CONSTRUYE PARA LO QUE RESTA DEL AÑO 2018 Y PRIMER TRIMESTRE DEL AÑO 2019 (MONTO USD. 41.990,00 más el IVA)", que dentro de las especificaciones técnicas "Aditivo Multipropósito para Asfalto" se encuentran lo siguiente:

Especificaciones Técnicas	Normas
Organosilanos	Espectro Fotográfico + Ensayo de sólidos
Anti-Peladura	ASTM D 1664/ AASH T 182
Mejorador de Adherencia- Unión Química	ASTM D 3625
Recubrimiento completo 100% en los agregados –Afinidad del filler en el asfalto	ISSA TB144
Radio de Sensibilidad a la Humedad	ASTM D 4867/AASHTO T 283
Reducción de Temperatura de comparación	ASTM D 3203
Reducción de Temperatura de fabricación- evita oxidación	AASHTO T 245/NLT 159
Color más oscuro	Visión

Fuente: Especificaciones Técnicas, escrito con Id trámite 126320 con anexo 224276.

Ser nano-organosilano de tercera generación (3C), que promueva la antipeladura, mejorador de adherencia del asfalto con los agregados y disminuya la susceptibilidad de la mezcla asfáltica en caliente a la humedad, logre una unión química, recubra completo 100% en los agregados, sea amigable con el medio ambiente, soluble en agua y en el betún (asfalto); e hidrolíticamente estable. Permita disminuir la temperatura de fabricación de la mezcla asfáltica entre 10°C y 20°C, reduciendo en un 30% a 40%, el tiempo de mezclado; con esto se evita la oxidación y el envejecimiento prematuro del asfalto, reduzca a temperatura de compactación

Av. de los Shyris N44-93 y Río Coca, Edificio Ocaña
PBX: (593 2) 395 6010
www.scpm.gob.ec
Quito - Ecuador

entre 30°C y 40°C, manteniendo las propiedades tanto del asfalto como de la mezcla asfáltica, entre otras. Además, se presentará en envases plásticos o metálicos de fácil manejo, con peso no superior a los 20 kg por unidad. El envase será herméticamente cerrado y tendrá una vida funcional no menor a los 24 meses. Entre las especificaciones técnicas antes referidas, es necesario considerar que para la definición del mercado relevante, es importante aludir el análisis realizado por Baker (2007)[3], en el que identificó, los productos personalizados vendidos a través de mecanismos de licitación, donde el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, define a cada contrato independiente como una discriminación de precios separada y única de cada mercado relevante. En complemento, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)[4], definió elementos para el análisis de mercado relevante y dentro del título de las "Definiciones Inusuales", se encuentran los de contratación pública; en donde, una de las obligaciones de la persona contratante, es que tiene que especificar los detalles del bien o servicio requerido. Entre estos detalles, se encuentran: especificaciones técnicas, características del bien y la fecha límite de presentación de solicitudes. Estos parámetros establecen por ejemplo: el límite de tiempo para presentar su propuesta dentro del proceso, lo que significa que después de esto, queda claro quien o quienes pueden considerarse como competidores. Por esta razón, no existe la necesidad de un método habitual de definición de mercado relevante. En otras palabras, la influencia de una empresa en el resultado de la licitación pública, es proporcional al número de competidores independientes dentro del proceso, quienes cumplieron con las condiciones y características de ofertar en el mismo. De esta manera, el poder de mercado ha sido identificado por la participación de mercado calculada sobre la base del número de ofertas de las empresas dentro de un procedimiento (50% en el caso de dos ofertantes, 33,3% en el caso de tres y el 25% en el caso de cuatro, etc). Por otro lado, de acuerdo con Jiménez, et all (sf)[5], para la definición de mercado relevante, la Comisión Europea[6] utiliza evidencia de tipo cualitativo que consiste en fundamentar la definición de mercado sobre argumentaciones lógica basadas; por ejemplo, en el análisis de características técnicas, precios de los productos o el marco normativo existente en distintas áreas geográficas. Esta aplicación se la realiza en casos de prestaciones de servicios de régimen de monopolio por parte de una concesión pública, la competencia se produce realmente en el momento de la concesión (bidding market). Ante estos fundamentos, por las características y definiciones antes analizadas, se define preliminarmente dos mercados independientes como: 1.- Proceso de Subasta Inversa Electrónica de la EPMMOP N°. **SIE-EPMMOP-062-2018** "ADQUISICIÓN DE ADITIVO DE

[3] Baker, J (2007) Market Definition: An Analytical Overview. 74 Antitrust Law Journal N°. 1. Copyright 2007 American Bar Association.
[4] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, 2012), Market Definition. Policy Roundtables. DAF/COMP (2012)19.
[5] Jiménez, et all (sf) Dificultades para la Definición del Mercado Relevante. Nera Economic Consulting.
[6] Comision Europea (1997), párrafos 7, 36-52, Ver también Office of Fair Trading (2004) párrafo 3.7 y Federal Trade Commission-US Departament of Justice (1992) párrafo 1.21.

Av. de los Shyris N44-93 y Río Coca, Edificio Ocaña
PBX: (593 2) 395 6010
www.scpm.gob.ec
Quito - Ecuador

ASFALTO (MONTO USD. 55.200,00 más IVA); y, 2.- Proceso de Subasta Inversa Electrónica N°. **SIE-EPMC-026-2018** "ADQUISICION DE CANECAS DE ADITIVOS PARA EL ASFALTO AC20 EN LA ELABORACIÓN DE MEZCLA ASFALTICA PRODUCIDO EN LA PLANTA DE ASFALTO DE LA EMPRESA PÚBLICA DE MANABÍ CONSTRUYE PARA LO QUE RESTA DEL AÑO 2018 Y PRIMER TRIMESTRE DEL AÑO 2019 (MONTO USD. 41.990,00 más el IVA). **5.3.- LOS BIENES O SERVICIOS SIMILARES PRESUNTAMENTE AFECTADOS. -** Sobre los posibles sustitutos, en función de la delimitación del mercado para el caso de los procesos de contratación pública, no existen bienes sustitutos, que no sean aquellos que cumplan específicamente con las características físicas y técnicas determinadas en los pliegos de cada procedimiento de contratación pública; y además, hayan ofertado dentro de estos procesos. **5.4.- MERCADO GEOGRÁFICO:** El artículo 5 de la LORCPM, en relación al mercado geográfico señala: "El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante (...) la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes". De acuerdo con la información del proceso de contratación pública de la EPMMOP dentro de la Subasta Inversa Electrónica N°. SIE-EPMMOP-062-2018, su alcance geográfico es su área de cobertura, principalmente, en el Distrito Metropolitano de Quito. Por otro lado, el mercado geográfico definido preliminarmente para el proceso de Subasta Inversa Electrónica N°. SIE-EPMC-026-2018, es el alcance geográfico en la provincia de Manabí. **5.6.- DURACIÓN DE LA CONDUCTA.-** El mercado temporal, de forma preliminar, de acuerdo con la información constante en la denuncia, en el proceso de contratación pública SIE-EPMMOP-062-2018, estaría determinado desde la fecha de publicación de la oferta el 23 de noviembre de 2018, hasta la fecha de adjudicación, el 27 de diciembre de 2018. Por otro lado, para el proceso de contratación pública N°. SIE-EPMC-026-2018 estaría determinado desde la fecha de publicación de la oferta el 17 de diciembre de 2018, hasta la fecha de adjudicación, el 10 de enero de 2019. Sin embargo, al encontrar una suspensión de la adjudicación que se determinó en la Resolución de sanción emitida por el SERCOP, la temporalidad de los procesos finalizaría el 11 de febrero de 2019. **5.7.- AFECTACIÓN Y DAÑO POTENCIAL.-** Es importante señalar que, el objeto de un proceso de contratación pública, es proteger el interés público, es decir que, a través de estos, la administración busca el cumplimiento de sus objetivos para satisfacer las necesidades colectivas, enmarcadas en el bien común[7]. En ese sentido, la limitación a la competencia, de cierta manera, devendría del incumplimiento de los objetivos del bien común y del desarrollo de la economía nacional[8]. Además, el objeto de un estudio de

[7] Arias, Adriana (2018). La recepción de pleno derecho y sus consecuencias jurídicas. Trabajo de Tesis. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito- Ecuador.
[8] Sierra, Alexandra (2016) Análisis del uso de los procedimientos internacionales de contratación pública y su afectación al derecho de competencia. Trabajo de Tesis. Universidad Andina Simón Bolívar- Quito-Ecuador.

Av. de los Shyris N44-93 y Río Coca, Edificio Ocaña
PBX: (593 2) 395 6010
www.scpm.gob.ec
Quito - Ecuador

competencia en materia de contratación pública, parte de la necesidad de garantizar una competencia suficiente de la actividad económica, por dos motivos: 1. Una política de contratación pública competitiva, constituye un requisito imprescindible para llevar a cabo un gasto público eficiente. Las Administraciones adjudicadoras que actúan en mercados competitivos y transparentes, pueden adquirir bienes de mayor calidad a menores precios; y, 2) Los procedimientos de contratación abiertos y transparentes contribuyen a mejorar la competitividad de las empresas que operan en dichos mercados[9]. Esto conlleva a colegir, que el interés público sobrepasa los límites y llega a restringir al interés privado, debido a que la administración busca actuar en beneficio del interés general, sin exceder más allá de los límites permitidos por las leyes vigentes. Por lo antes mencionado, se identifica en este caso en particular, una legitimación extraordinaria[10] en defensa de los **intereses colectivos y sociales**, el interés general, que sería directamente afectado al declarar una información "errónea" para la adjudicación de un proceso, lo que se traduce en que la afectación real y potencial es generada a los consumidores beneficiarios de estas obras públicas, más allá de la afectación directa al concurrente con interés particular. **5.8.- CONCLUSIÓN ECONÓMICA.-** De las generalidades de los productos requeridos por las empresas públicas a través de los procedimientos de contratación pública, se identifican preliminarmente dos mercados relevantes definidos por las especificaciones técnicas de cada uno de ellos, los valores de licitación y alcance geográfico, se define como: 1) mercado relevante de proceso SIE-EPMMOP-062-2018 y 2) mercado relevante de proceso N°. SIE-EPMC-026-2018. Se concluye que, la afectación real o potencial de los mercados definidos se genera a los intereses colectivos de los consumidores de las obras públicas en mención, lo que predispone el proteger el bien común frente al interés particular de los concurrentes en este caso. **5.9.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES.-** El operador económico **BREM CIA. LTDA.**, en calidad de denunciado, mantiene el RUC 1791290275001 con estado de contribuyente ACTIVO, fecha de inicio de actividades el 30 de marzo de 1995. De acuerdo con el Servicio de Rentas Internas (SRI) su actividad económica principal es: "instalación y equipamiento de proyecto electromecánicos".

---

tomando de Comisión Europea "Libro Verde. La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro (1996)" http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_es.pdf.

[9] Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía Consejería de Economía, Innovación y Ciencia (2010) Estudio sobre la Contratación Pública en la Comunidad Autónoma Andaluza desde el punto de vista de la Competencia. Recuperado de https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Estudio-contratacion-publica-final.pdf

[10] Se define como legitimación a cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal. Legitimación activa colectiva trata de conjugar no sólo los intereses privados de los empresarios, sino también los intereses colectivos de los consumidores, así como el interés público del Estado de mantener la libre competencia en el mercado.
Legitimación extraordinaria a favor de interés supraindividuales, entendidos éstos como el interés legítimo compartido por un conjunto de ciudadanos que ocupan una misma posición jurídica. Tomado de Memento Dossier, Competencia Desleal, 2011, Capítulo 33, Legitimación Activa, pág. 269-279. Ediciones Francisco Lefebvre S.A. Madrid España.

Av. de los Shyris N44-93 y Río Coca, Edificio Ocaña
PBX: (593 2) 395 6010
www.scpm.gob.ec
Quito - Ecuador

Ilustración 1 Servicio de Rentas Internas/Consulta RUC-BREM CIA. LTDA.

RUC
1791290275001

Razón social
BREM CIA. LTDA.

Estado contribuyente en el RUC
ACTIVO

Nombre comercial
BREM CIA. LTDA.

Representante legal

Nombre: PILCO CONCHA ELIZABETH DEL CARMEN

Cédula/RUC: 1713276887

Actividad económica principal	INSTALACION Y EQUIPAMIENTO DE PROYECTOS ELECTROMECANICOS.

Tipo contribuyente	Subtipo contribuyente
SOCIEDAD	BAJO CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑIAS

Clase contribuyente	Obligado a llevar contabilidad
OTROS	SI

Fecha inicio actividades	Fecha actualización	Fecha cese actividades
30/03/1995	26/11/2018	

Fuente: SRI (2019) https://declaraciones.sri.gob.ec/sri-en-linea/#/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc

El operador económico LUCY MARIELA TOBAR SILVA, en calidad de denunciante, con cédula número 1500255821 y RUC 1500255821001, con fecha de inicio de actividades el 2 de abril de 2004 y como actividad económica principal "venta al por mayor de materiales de construcción: piedra, arena, grava, cemento, etcétera" domiciliada en la ciudad de Guayaquil, cantón Daule, Villa Club, Etapa Doral Mz. 12 Villa 26.

Ilustración 2 Servicio de Rentas Internas/Consulta RUC-

RUC
1500255821001

Razón social
TOBAR SILVA LUCY MARIELA

Estado contribuyente en el RUC
ACTIVO

Nombre comercial

Actividad económica principal	G46631301 VENTA AL POR MAYOR DE MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN: PIEDRA, ARENA, GRAVA, CEMENTO, ETCÉTERA.

Tipo contribuyente	Clase contribuyente	Obligado a llevar contabilidad
PERSONA NATURAL	OTROS	SI

Fecha inicio actividades	Fecha actualización	Fecha cese actividades	Fecha reinicio actividades
02/04/2004	08/02/2019		08/02/2011

Fuente: SRI (2019) https://declaraciones.sri.gob.ec/sri-en-linea/#/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc

Av. de los Shyris N44-93 y Río Coca, Edificio Ocaña
PBX: (593 2) 395 6010
www.scpm.gob.ec
Quito - Ecuador

5.10.- DE LA RELACIÓN ECONÓMICA EXISTENTE CON LA CONDUCTA: Se identifica que los operadores económicos que actúan dentro del mercado relevante definido por el proceso de contratación, se encuentran en estado activo y en plena realización de su actividad económica dentro del territorio ecuatoriano podría realizar actividades que interfieran con el desarrollo de la libre competencia. Así, para el cometimiento de actos de denigración, será considerado el acto que ocasione el descrédito en el mercado, siempre y cuando, se sustente en hechos que no sean exactos, verdaderos y pertinentes. Mientras que, para el cometimiento de la inducción a la infracción contractual, se requiere que exista una relación de competencia entre el sujeto, agente o inductor y el tercero contratante o posible perjudicado, es decir, se trata de que la causa efectiva de la ruptura del vínculo contractual esté directamente relacionado con el comportamiento del tercero. **5.11.- DE LA RELACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE PRUEBA PRESENTADOS.-** A efectos de realizar el análisis jurídico sobre el fondo de la investigación, esta Intendencia ha considerado resumir los parámetros de la denuncia, explicaciones y los elementos de prueba presentados por los operadores económicos, y sobre la base de esto, formular el respectivo problema jurídico para esbozar la argumentación que comporte la solución para éste. **SEXTO ANÁLISIS JURÍDICO: 6.1.- DE LA DENUNCIA.-** Mediante denuncia individualizada previamente, el operador económico LUCY MARIELA TOBAR SILVA, expone los siguientes puntos: **1.-**"[...] Actos de Denigración de parte de la compañía BREM CIA. LTDA., al haber realizado afirmaciones falsas dentro del proceso de Subasta Inversa Electrónica No. SIE-EPMMOP-062-2018, y con ello poner en riesgo la permanencia de MARIELA TOBAR SILVA dentro del mercado de oferentes de aditivos de asfalto.[...]"; **1.1.-** "[...] ha llegado a mi conocimiento que existe un documento adicional que BREM presentó en la EPMMOP[...] en el que se hace afirmaciones falsas sobre la información que adjunté a los pliegos de contratación, que además cabe señalar, suponen ser confidenciales y a los que una empresa competidora, ni aún persona distinta a la empresa contratante, deberían tener acceso. **1.2.-** [...] tanto ha incidido o influenciado las afirmaciones falsas que ha realizado BREM, que la propia empresa contratante EPMMOP, se negó a recibir la documentación que me correspondía presentar a fin de suscribir el contrato correspondiente.[...]. **1.2.-** "[...]Inducción a la infracción contractual por parte de la compañía BERM, al interferir en la relación contractual que vincula a MARIELA TOBAR SILVA y la EPMMOP, en virtud de la adjudicación del proceso de Subasta Inversa Electrónica No. SIE-EPMMOP-062-2018.[...]"; **1.3.-** "[...] Hemos conocido que BREM por medio de sus representantes ha establecido contacto verbal con funcionarios de MANABI CONSTRUYE y ha solicitado en varias ocasiones información respecto del concurso, específicamente toda la información presentada en los pliegos que presenté en su momento. [...] Tales actos de intromisión indebida, solo pueden tener como explicación su afán de interferir en una relación contractual válidamente efectuada, posiblemente con el objeto de que se dé por terminada esta relación contractual en forma unilateral[...]" **6.2.- DEL ESCRITO DE**

Av. de los Shyris N44-93 y Río Coca, Edificio Ocaña
PBX: (593 2) 395 6010
www.scpm.gob.ec
Quito - Ecuador

EXPLICACIONES.- Del escrito y anexos, presentado por el operador económico BREM CIA. LTDA., ingresado en Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 08 de abril del 2019, las 12h24, se extrae lo siguiente: **1.-** "[...] Al respecto, debo indicar que mi representada jamás ha incurrido en ninguno de los hechos constantes en las normas transcritas, ni en ninguno de los hechos enunciados en la denuncia presentada en contra de mi representada, la Compañía BREM CIA. LTDA., porque sencillamente lo único que hizo, fue solicitar al SERCOP la verificación de VAE a la Sra. Lucy Mariela Tobar Silva, para lo cual entre los antecedentes se acompañó documentación de Instituciones Públicas que son de acceso al público. La denuncia propuesta en contra de BREM CIA. LTDA., no es otra cosa que una represalia por haber ejercido nuestro legítimo derecho, al haber solicitado al SERCOP la verificación de VAE, lo cual ha dejado al descubierto y ha confirmado que la señora Lucy Mariela Tobar Silva NO es PRODUCTORA NACIONAL; y, sin embargo, ha venido beneficiándose de un VAE que no tiene, con las preferencias que se otorga al productor nacional, lo cual no lo ha establecido mi representada, sino el Ente Rector de la Contratación Pública, quien ha evidenciado que la denunciante no es productora nacional, sino que es intermediaria y que gracias a la verificación de VAE ha sido sancionada y se han protegido bienes públicos. Todos los documentos que en su oportunidad se ingresó al SERCOP, así como a las Entidades contratantes, fueron obtenidos de manera lícita, de las páginas WEB de cada una de las Instituciones Públicas y que son de acceso al público, bajo ninguna circunstancia se puede pretender imputar a mi representada, prácticas de competencia desleal, con actos de denigración y mucho menos las que pretende imputar la denunciante, por cuanto los documentos que se acompañó en su momento son documentos de acceso público y se los presentó ante el SERCOP y ante las Entidades contratantes, a efectos de que se pueda verificar si la declaración de VAE era o no correcta. Bajo ningún punto de vista, ni normas legales se puede presumir que mi representada ha cometido actos de competencia desleal, puesto que de manera legítima presentamos solicitud con el objeto de alertar a las Entidades contratantes así como al Ente Rector de las Compras Públicas de que verifiquen que efectivamente se está dando cumplimiento con la Ley, porque además al realizarse una errónea o falsa declaración de VAE, por supuesto que nos está perjudicando y no solo a mi representada sino a otros oferentes, pero se está afectando principalmente a la Entidad contratante, lo cual repercute en la sociedad usuaria de los servicios que presta la Entidad. La Sra. Lucy Mariela Tobar Silva frente a su incumplimiento de la Ley pretende victimizarse al afirmar en su denuncia " 4.31(...) soy una persona natural, que suscribo alrededor de 2 contratos al año con el Estado, y que por ende, el no suscribir el contrato que ya fue adjudicado a mi favor, pone en riesgo mi permanencia en el mercado." (La negrilla es fuera de texto); yo pregunto, ¿Es responsabilidad de BREM CIA. LTDA., el poner en riesgo de permanencia en el mercado de la Sra. Lucy Tobar Silva? Por supuesto que NO, es de su exclusiva responsabilidad, por no cumplir con la Ley, por pretender beneficiarse de preferencias que otorga a Ley al productor nacional sin serlo, por su

Av. de los Shyris N44-93 y Río Coca, Edificio Ocaña
PBX: (593 2) 395 6010
www.scpm.gob.ec
Quito - Ecuador

ERRONEA declaración de VAE y que por eso fue sancionada por el SERCOP. Además, vale acotar que al ser persona natural y que no cuenta con carga laboral, tal como ella misma lo afirma porque el que trabaja es el esposo, tiene un margen de utilidad altísimo, la misma que no tiene que repartir con nadie, lo cual no ocurre con mi representada que sí tiene carga laboral y de la cual dependen varias familias ecuatorianas, como ustedes lo podrán comprobar. La señora Lucy Mariela Tobar Silva, es total mente arbitraria, por cuanto en su denuncia (numerales 4.9 y 4.10) se refiere a supuestos requisitos y supuestos errores, cuando la Ley y el Art. 77 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP son muy claras, y no se trata de supuestos, son requisitos y el SERCOP de oficio o a petición de parte puede solicitar la verificación de VAE y de hacer cumplir la Ley, responsabilidad que debe asumir y no pretender buscar culpables. La Ley no es supuesta, las normas son claras y de cumplimiento obligatorios para todos. La denunciante en el ORDINAL IV DE LA DENUNCIA presentada en contra de mi representada, la Compañía BREM CIA. LTDA., entre otras afirmaciones manifiesta: "Descripción detallada de las conductas denunciadas, tiempo de su duración y relación de los involucrados con las conductas denunciadas." "Actos de Denigración de parte de la compañía BREM, al haber realizado afirmaciones falsas dentro del proceso de Subasta Inversa Electrónica No. SIE- EPMMOP-062-2018, y con ello poner en riesgo la permanencia de MARIELA TOBAR SILVA dentro del mercado de oferentes de aditivos de asfalto." "4.8. (...) en el que hace afirmaciones falsas sobre la información que adjunté a los pliegos de contratación, que además, cabe señalar, suponen ser confidenciales y a los que una empresa competidora, ni aún persona distinta a la empresa contratante, deberían tener acceso." Al respecto, debo mencionar que la señora LUCY MARIELA TOBAR SILVA, está implicando que mi representada obtuvo de manera dolosa documentos confidenciales, lo cual es totalmente falso; todos los documentos a los que ella se refiere que ha obtenido mi representada de forma dolosa, los obtuvimos de las distintas páginas de información pública, lo cual solicito a la autoridad pertinente se sirva verificar, a fin de probar mis aseveraciones. De igual manera se podrá verificar la existencia de compañías en las que aparece tanto la denunciante como su esposo y que en la página de la Superintendencia de Compañías se las puede obtener toda la documentación porque es pública: así también en el Servicio de Rentas Internas, no hemos inventado ni engañado ni adulterado nada, toda la documentación la tiene el SERCOP, por lo que solicito se sirva ordenar se remita dicha información a fin de que su Autoridad pueda verificar nuestras afirmaciones. El SERCOP sancionó a la señora Lucy Mariela Tobar Silva por no cumplir con la Ley, no por "competencia desleal de BREM CIA. LTDA., tal como consta de la Resolución sancionatoria del SERCOP, que me permito acompañar, a efectos de que ustedes mismos puedan constatar las razones por las cuales fue sancionada. Mi representada no ha impedido que la denunciante suscriba ningún contrato, ni es de nuestra responsabilidad el que la denunciante haya realizado una declaración de VAE cuando no es productora nacional hecho que fue constatado por el SERCOP con la propia documentación que ella misma acompañó, además con sus propias

Av. de los Shyris N44-93 y Río Coca, Edificio Ocaña
PBX: (593 2) 395 6010
www.scpm.gob.ec
Quito - Ecuador

aseveraciones, tal como consta en la referida resolución sancionatoria. Por otro lado, me surge una interrogante ¿cuál es la razón por la cual el señor Dr. Edison Rodrigo Páez Escobar, no participa de manera directa en los procesos de contratación pública, siendo la persona que posee todos los conocimientos químicos para realizar la fabricación de los productos que dice fabricar su cónyuge, en vez de poner a su cónyuge participar, si la persona que aparentemente maneja todo y que posee todos los conocimientos es él?. Solicito a su Autoridad, así como solicitaré al SERCOP, se investigue en cuantos procesos de contratación pública en los que ha participado la señora Lucy Mariela Tobar Silva y su cónyuge el Dr. Edison Rodrigo Páez Escobar, se han beneficiado de las falsas o erróneas declaraciones de VAE, porque aparentemente no es la primera vez, porque esto si constituye competencia desleal con los demás oferentes, al beneficiarse con un Valor Agregado Ecuatoriano cuando en realidad es una intermediaria, por cuanto ella misma lo ha manifestado que hace maquila, que ha sido una de las razones por las cuales el SERCOP la sancionó. La verdad, no nos ha sorprendido esta denuncia por cuanto la señora LUCY MARIELA TOBAR SILVA, en el PROCESO SUBASTA INVERSA ELECTRONICA SIE-GADMA-OP195-2018, "ADQUISICIÓN DE ADITIVO MEJORADOR DE ADHERENCIA PARA PLANTA DE ASFALTO" solicitó al SERCOP el 26 de octubre del 2018, haciendo referencia a la RESOLUCIÓN DE ADJUDICACIÓN VSE-293-201 8, que se hizo a nuestro favor, tal como consta del documento que acompaño en una foja, mismo que se servirá revisar su autenticidad o requerir al SERCOP copia certificada del mismo; cabe señalar que ella misma manifiesta, perdió en dicho proceso, sin embargo solicitó revisión de VAE para BREM, aduciendo que nuestros productos no tiene VAE. En aquella oportunidad, el SERCOP nos realizó la verificación respectiva y no por ello mi representada le puso denuncia en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Vale señalar que la denunciante no es la que actúa prácticamente en ningún proceso, es el marido quien siempre está detrás de los procesos, por qué razones? no lo sabemos. Cabe señalar que en aquella oportunidad si entregaron nuestras fichas técnicas del producto, lo cual desconocemos la forma en que los obtuvo. [...]" **6.3.- PROBLEMA JURÍDICO:** Con base en los antecedentes expuestos, esta Intendencia formula el siguiente problema jurídico: **¿Existen indicios sobre el cometimiento de actos de denigración e inducción a la infracción contractual por parte de BREM compañía limitada, en contra de LUCY MARIELA TOBAR SILVA?** A fin de dar respuesta a la interrogante planteada, esta autoridad realiza el siguiente análisis: **6.3.1. De los actos de denigración:** El artículo 27 numeral 4 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado dispone: "[...] 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 [...] [...]a) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones,

Av. de los Shyris N44-93 y Río Coca, Edificio Ocaña
PBX: (593 2) 395 6010
www.scpm.gob.ec
Quito - Ecuador

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.[...]". **6.3.1.1.-** El operador económico denunciante considera que la compañía BREM CIA. LTDA., ha incurrido en el supuesto antes citado, debido a que: "[...] hace afirmaciones falsas sobre la información que adjunté a los pliegos de contratación, que además, cabe señalar, suponen ser confidenciales y a los que una empresa competidora, ni aún persona distinta a la empresa contratante, deberían tener acceso[...]"; **6.3.1.2.-** De lo antes expuesto, el denunciado justifica dentro de sus explicaciones lo siguiente: "[...] la denuncia [...] [...]es una represalia por haber ejercido nuestro legítimo derecho al haber solicitado al SERCOP la verificación de VAE, lo cual ha dejado al descubierto y ha confirmado que la señora Lucy Mariela Tobar Silva NO es PRODUCTORA NACIONAL, y sin embargo ha venido beneficiándose de un VAE que no tiene, con las preferencias que se otorgan al productor nacional, lo cual no lo ha establecido mi representada, sino el Ente Rector de la Contratación Pública, quien ha evidenciado que la denunciante no es productora nacional, sino que es intermediaria y que gracias a la verificación de VAE ha sido sancionada y se ha protegido bienes públicos.[...]" "[...] Todos los documentos que en su oportunidad se ingresó al SERCOP así como a las Entidades contratantes fueron obtenidos de manera lícita, de las páginas WEB de cada una de las Instituciones Públicas y que son de acceso público[...]" **6.3.1.3.** Dentro de la perspectiva de la configuración del acto de denigración como competencia desleal, es necesario tener en consideración que la deslealtad corresponde a una manifestación de índole profesional o personal que intenta lesionar o causar deshonor en la reputación de otro operador económico, o en cierta medida causar distorsión en la capacidad de decisión de los consumidores[11]. **6.3.1.4.-** En primer lugar, cabe anotar que esta práctica desleal tiene como finalidad dificultar el ejercicio de la actividad comercial de un operador económico, debido a una influencia negativa en las decisiones del consumidor para su desarrollo en el mercado. Para que se cumpla este supuesto es necesario corroborar que "la realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones incorrectas o falsas u omitir las verdaderas, tengan por objeto o efecto, real o potencial, menoscabar el crédito en el mercado del afectado"; en este sentido, se entendería que las aseveraciones realizadas tienen relación con la notificación sobre el inicio del proceso para verificación del valor agregado ecuatoriano dentro del procedimiento No. SIE-EPMMOP-062-2018. En esta forma, se desprendería que BREM CIA. LTDA únicamente habría solicitado la verificación del VAE, ante la autoridad competente; **6.3.1.5.-** En segundo lugar, del análisis de verificación de las pruebas con las mencionadas aseveraciones, es necesario tomar en cuenta la resolución No. RA-SG-SERCOP-2019-0065, de 11 de febrero del 2019, suscrita por Gustavo Alejandro Araujo Rocha, Subdirector Nacional de Contratación Pública la

[11] Bercovitz Rodriguez-Cano Alberto, Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, página 224

Av. de los Shyris N44-93 y Río Coca, Edificio Ocaña
PBX: (593 2) 395 6010
www.scpm.gob.ec
Quito - Ecuador

cual en su parte resolutoria señala: "[...]**Artículo 1.-** Sancionar a la señora **TOBAR SILVA LUCY MARIELA.**, con RUC No. **1500255821001**, por haber incurrido en la infracción tipificada en el literal c) del artículo 106 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, esto es: "[...] **realizar una declaración errada dentro de un procedimiento de contratación, inclusive respecto de su calidad de productor nacional"**, así como inobservar lo establecido en la Sección II del Capítulo III del Título II de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, contenida en la Resolución No-RE-SERCOP-2016-0000072, de fecha 31 de agosto de 2016. Se interpone la presente sanción por delegación de la máxima autoridad del SERCOP, con la finalidad de salvaguardar la producción nacional y los principios consagrados en el artículo 4 de la Ley de la materia, así como garantizar la legalidad, transparencia, trato justo e igualdad. **Artículo 2.-** Suspender del Registro Único de Proveedores a la señora TOBAR SILVA LUCY MARIELA, con RUC No. 1500255821001, por un plazo de sesenta (60) días contados a partir de la notificación de la presente Resolución a través del Portal Institucional; en consecuencia, mientras dure la suspensión, no tendrá derecho a recibir invitación alguna ni a participar en procedimientos de contratación pública derivados de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.[...]" **6.3.1.6.-** Por expuesto, 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. En este sentido, resulta importante anotar que de conformidad con el artículo 329 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), los actos administrativos se presume legítimos y ejecutoriados, en tanto no sean revocados por la autoridad administrativa o por orden judicial. En tal virtud, en respeto al derecho a la seguridad jurídica contemplado en el artículo 82 de la Constitución de la República, 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 que se ha llegado a determinar habría efectuado una declaración errada dentro del procedimiento de contratación. **6.3.2.- De la Inducción a la infracción contractual.-** El artículo 27 numeral 8 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado dispone: "[...] 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 subrogue en

Av. de los Shyris N44-93 y Río Coca, Edificio Ocaña
PBX: (593 2) 395 6010
www.scpm.gob.ec
Quito - Ecuador

la relación contractual que mantenía su competidor con quien infrinja sus obligaciones contractuales. [...]"; **6.3.2.1.-** El operador económico denunciante considera que, la compañía BREM ha incurrido en el supuesto antes citado debido a que: "[...] Hemos conocido que BREM por medio de sus representantes ha establecido contacto verbal con funcionarios de MANABI CONSTRUYE y ha solicitado en varias ocasiones información respecto del concurso, específicamente toda la información presentada en los pliegos que presenté en su momento. [...] Tales actos de intromisión indebida, solo pueden tener como explicación su afán de interferir en una relación contractual válidamente efectuada, posiblemente con el objeto de que se dé por terminada esta relación contractual en forma unilateral[...]"; **6.3.2.2.-** De lo antes expuesto, el operador económico BREM afirma: "[...] Todos los documentos que en su oportunidad se ingresó al SERCCOP [sic] así como a las Entidades contratantes fueron obtenidos de manera lícita, de las páginas WEB de cada una de las Instituciones Públicas y que son de acceso al público; bajo ninguna circunstancia se puede pretender imputar a mi representada prácticas de competencia desleal, [...] y mucho menos las que pretende imputar la denunciante por cuanto los documentos que se acompañó en su momento son documentos de acceso público [...] a efectos que se pueda verificar si la declaración de VAE era o no correcta. [...]"; **6.3.2.3.** "[...]Mi representada no ha impedido que la denunciante suscriba ningún contrato, ni es de nuestra responsabilidad el que la denunciante haya realizado una declaración de VAE cuando no es productora nacional hecho que fue constatado por el SERCOP con la propia documentación que ella misma acompañó, además con sus propias aseveraciones, tal como consta de la referida resolución sancionatoria.[...]"; **6.3.2.4. 6.3.2.4.** En relación a la conducta denunciada, esta Intendencia tiene en consideración que no toda inducción a la infracción contractual constituye un acto de competencia desleal, por el contrario, en atención, al segundo inciso del numeral 8 del artículo 27 de la LORCPM, la inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena "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 intensión de eliminar a un competidor en el mercado o a otras análogas". En tal sentido, en el presente caso, de la notificación sobre el inicio del proceso para verificación del valor agregado ecuatoriano, dentro del procedimiento No. SIE-EPMMOP-062-2018, que se encuentra dentro de los anexos presentados por el operador económico denunciante con fecha 28 de febrero del 2019, las 12h33, se verifica la siguiente afirmación "[...] Se RECOMIENDA 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 para que procedan con los actos administrativos que correspondan.[...]", de lo antes expuesto, se desprende la frase "hasta que hayamos concluido con esta indagación", lo cual denota que se deja abierta la posibilidad de continuar con el cumplimiento del contrato, en caso que del proceso se desprenda, que efectivamente la declaración

Av. de los Shyris N44-93 y Río Coca, Edificio Ocaña
PBX: (593 2) 395 6010
www.scpm.gob.ec
Quito - Ecuador

del VAE no fue "errónea". Se evidencia por lo tanto, que el contrato se suspendió hasta que se realice dicha verificación y no ha existido una interferencia en el cumplimiento de las obligaciones del mismo. Sin menoscabo de lo cual el operador económico BREM afirma que la declaración del VAE determina que la denunciante "no es productora nacional" hecho que fue constatado por el SERCOP con la propia documentación que ella misma acompañó, además con sus propias aseveraciones, tal como consta de la referida resolución sancionatoria. Por lo tanto, no existiría evidencia de que el operador económico BREM hubiera realizado actos que induzcan al incumplimiento o infracción del contrato producto de la presente investigación, debido a que la suspensión de dicho contrato se fundamenta en una "errónea" declaración del VAE, que es un requisito demandado por la entidad contratante, en consecuencia, se debería al incumplimiento legal-técnico de uno de los requisitos solicitados por el SERCOP para la adjudicación del contrato. Por otro lado, no se habría verificado la actuación de BREM como un sujeto que interfiera con el cumplimiento de las obligaciones contractuales del operador económico LUCY MARIELA TOBAR SILVA, considerando que la decisión de suspender el contrato a la denunciante ha sido tomada por el SERCOP en el marco de sus atribuciones legales. 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 intensión 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.

6.3.2.5. Del uso de información confidencial.- El artículo 27 numeral 7 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado dispone: "[...]7.- Violación de secretos empresariales.- Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que: a) La información sea secreta en el entendido de que como conjunto o en la configuración y composición precisas de sus elementos no sea conocida en general ni fácilmente accesible a las personas integrantes de los círculos que normalmente manejan el tipo de información de que se trate; b) La información tenga un valor comercial, efectivo o potencial, por ser secreta; y, c) En las circunstancias dadas, la persona que legalmente la tenga bajo control haya adoptado medidas razonables para mantenerla secreta. [...]"; De las pruebas recabadas dentro del expediente se identificó: **1)** El oficio SERCOP-SDG-2019-0231-OF, de 1 de abril del 2019, suscrito por Gustavo Alejandro Araujo, Subdirector General del SERCOP, en el que señala que toda la información considerada dentro de un proceso de contratación pública podrá ser revisada a través del Sistema oficial de Contratación Pública del Ecuador (SOCE), en el link hhtps://www.compraspublicas.gob.ec/procesocontratacion/compras/; **2)** El oficio remitido por la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas

Av. de los Shyris N44-93 y Río Coca, Edificio Ocaña
PBX: (593 2) 395 6010
www.scpm.gob.ec
Quito - Ecuador

(EPMMOP), No.769-GG-GJ-DCP-2019, de 27 de marzo del 2019, suscrito por el Ingeniero Iván Alvarado Molina, Gerente General de EPMMOP, mediante el que remitió copia certificada de la información entregada por BREM Cía. Ltda., con relación a la señora Mariela Tobar Silva, en el procedimiento de subasta inversa electrónica SIE-EPMMOP-062-2018; **3)** El oficio remitido por la Empresa Pública de Construcción Manabí Construye (EPMC), No.1253-MC-EP-GG-19, de 26 de marzo del 2019, suscrito por el Ingeniero Víctor Espinoza Barcia, Gerente General del EPMC, mediante el que remitió copia certificada de toda la información y/o documentación entregada por BREM Cía. Ltda., con relación a Lucy Mariela Tobar Silva, en el proceso SIE-EPMC-026-2018. En tal sentido, esta INICPD identifica que la información usada y presentada por la compañía BREM Cía. Ltda., es obtenida de fuentes públicas y no vulnera derecho alguno por no corresponder a información de carácter confidencial, por lo previamente señalado el comportamiento del tercero no se configuraría en una inducción que suponga la (prima facie) la existencia de un ilícito concurrencial, sino que requiere de una serie de pruebas consistentes en: el medio empleado, la finalidad perseguida y el propósito del inductor[12], lo que no se cumpliría para la configuración de este particular. **SÉPTIMO.- CONSIDERACIONES FINALES.-** Dentro del régimen de competencia, existe la protección primordial al interés general, en tal razón, el objeto de la LORCPM, busca el salvaguardar el interés general de las y los consumidores, previniendo, corrigiendo y de ser necesario sancionando las prácticas anticompetitivas; en otras palabras, regular el comportamiento de los operadores económicos cuando afectan al interés general, y no corrigiendo o sancionando Litis entre partes, toda vez que para ello existen órganos jurisdiccionales Por los antecedentes expuestos, **RESUELVO: PRIMERO.-** Ordenar el archivo de la denuncia por considerar satisfactorias las explicaciones presentadas por el denunciado a la luz de los elementos constantes en el presente expediente. **SEGUNDO.-** Notifíquese con la presente resolución a los operadores económicos LUCY MARIELA TOBAR SILVA y BREM. CIA. LTDA.- **TERCERO.-** Continúe actuando el abogado Juan Fernando Narváez Herrería como secretario de sustanciación dentro del presente procedimiento administrativo.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

Abg. Pablo Carrasco Torrontegui
INTENDENTE DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS DESLEALES
REF-SCPM-IGT-INCPD-RS-2019-028

[12] Memento Dossier, Competencia Desleal, 2011, Capítulo 14, actos de inducción a la infracción contractual, pág. 137-140. Ediciones Francisco Lefebvre S.A. Madrid España.

Av. de los Shyris N44-93 y Río Coca, Edificio Ocaña
PBX: (593 2) 395 6010
www.scpm.gob.ec
Quito - Ecuador