EXP. SCPM-CRPI-048-2018

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito D.M., 22 de enero de 2019, a las 09h30.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder del Mercado designó al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, al doctor Oswaldo Ramón Moncayo Comisionado; y, al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes, quienes en uso de sus atribuciones legales disponen agregar al expediente el memorando **SCPM-INICAPMAPR-007-2019-M** de fecha 16 de enero de 2019, suscrito por el doctor Nelson Fernando López Jácome, Intendente Nacional de Investigación y Control del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, al que adjunta el Informe Ampliatorio **No.SCPM-INICAPMAPR-002-2019** de 16 de enero de 2019, sobre pertinencia de medidas preventivas solicitadas dentro del expediente principal signado con el **No.SCPM-IGT-INICAPMAPR-0013-2018**. Por corresponder al estado procesal del procedimiento administrativo el de resolver, para hacerlo se considera:

I. Que el día martes 20 de noviembre de 2018, a las 15h33, constante en dieciocho (18) páginas y un (1) anexo de doscientos treinta y cuatro (234) páginas, el señor Pablo Aníbal Arias Montahuano, en su calidad de representante del Gremio de Maestros Rotulistas y Afines de Pichincha, presentó en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, una denuncia en contra del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, a través del abogado Mauricio Rodas, Alcalde de la ciudad, y del operador económico **PUBLICIDAD SARMIENTO S.A.**, representado legalmente por la señora Nelly Paulina Durango Campana, mecanismo de ejercicio de la acción administrativa mediante el cual básicamente señala lo siguiente:

"(...) La compañía denunciada es la Compañía Publicidad Sarmiento S.A, y el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, ya que con fecha 28 de diciembre de 2017 suscribieron un contrato que dé el (sic) mismo se derivan violaciones legales, constitucionales y administrativas, entre las violaciones legales están suscripción para la concesión publicitaria en espacio público con exclusividad a la compañía Publicitaria Sarmiento S.A., significando que el Gremio de Maestros Rotulistas y Afines de Pichincha y el Gremio de maestros Mecánicos de Pichincha, se han visto afectados en la explotación e instalación de publicidad a terceros en la ciudad de Quito, entiendo también que las empresas de publicidad exterior mantienen esta afectación ya que la Municipalidad utilizando la Ordenanza 119 ha procedido a instalar sellos con la leyenda "PUBLICIDAD EXTERIOR NO AUTORIZADA", estos reportes los tiene la compañía Sarmiento e inmediatamente traslada a las marcas

anunciantes que son clientes del Gremio de Maestros Rotulistas y Afines de Pichincha y el Gremio de Maestros Mecánicos de Pichincha (...)".

"(...) Por otra parte, la Ordenanza 119 para la publicidad exterior del Distrito Metropolitano de Quito, determina el pago de una tasa por explotación publicitaria que para el Gremio de Maestros Rotulistas y Afines de Pichincha y Publicistas de Pichincha es anual, pero conforme se visualiza en el contrato con la Compañía Publicidad Sarmiento S.A., se le cobra proporcional a la fecha de instalación de la publicidad, es decir, generan una competencia desleal ya que los costos de las tasas no son iguales para Publicidad Sarmiento S.A. como para nuestro Gremio, significando una discriminación en el pago del tributo, por lo que evidentemente ellos pueden comercializar más barato que nosotros, generándose un donping con el único objeto de quebrar a su competencia (...)"

"(...) Por otra parte la imposición de sellos con la leyenda PUBLICIDAD EXTERIOR SIN AUTORIZACIÓN", viola el derecho de las marcas anunciantes debidamente registradas en el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual. Evidentemente, si no se emite una medida cautelar que suspenda las sanciones por parte del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito la inminencia del daño es inminente por cuanto el Municipio seguirá aplicando la medida cautelar con sellos PUBLICIDAD EXTERIOR NO AUTORIZADA conforme la fotografía que adjunto (Anexo 1), perjudicando sustancialmente la publicidad, y al promover el retiro de estas estructuras más una multa desproporcional por parte del Municipio el daño se constituye irreparable para la imagen de todos quienes hacemos los rótulos y publicidad exterior en la ciudad de Quito, debiendo aclarar que el contrato suscrito entre la compañía Publicidad Sarmiento S.A. y el Municipio Metropolitano de Quito es de 10 años (...)".

"(...) Con fecha 24 de mayo de 2017 el Alcalde del Ilustre Municipio del Distrito Metropolitano de Quito delega a la Secretaría del Territorio Hábitat y Vivienda, el proceso de contratación pública No.MDMQ-STHV-001-2017, para la "Concesión del diseño, construcción, instalación, mantenimiento y conservación de mobiliario urbano a cambio de explotación publicitaria para el Distrito Metropolitano de Quito" (...)".

"(...) En el mencionado concurso público participaron dos empresas de publicidad, la empresa ecuatoriana JCDecuax y la empresa argentina Publicidad Sarmiento S.A., la misma que fue domiciliada en el Ecuador con fecha 29 de enero del 2018, cuyo apoderado en el país es la compañía SERVICIOS JURIDICOS ESPECIALIZADOS ESPJUR S.A., representado legalmente por la señora Nelly Paulina Durango Campana; cabe señalar que el objeto de la contratación no se ha perfeccionado hasta el momento (...)".

"(...) Mediante Resolución NO.STHV-CPMU-004-2017 de fecha 28 de diciembre de 2017, dictada por el arquitecto Jacobo Herdoiza Bolaños, Secretario de territorio Hábitat y Vivienda del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, ***se adjudica*** *a Publicidad Sarmiento S.A, el contrato de "Concesión del diseño, construcción, instalación, mantenimiento y conservación de mobiliario urbano a cambio de explotación publicitaria para el Distrito Metropolitano de Quito" (...)".*

"(...) Mediante Oficio No.CMLCC-UTCP-2018-0000207 de 29 de marzo de 2018, que contiene el Memorando No.UTCP-2018-033 de 27 de marzo de 2018 emitido por la Unidad Técnica de Contratación Pública y la Dirección de Asesoría Jurídica de Quito Honesto; en dicho informe, señala que existen varias observaciones en los aspectos técnicos, económicos así como el cumplimiento de los términos y condiciones establecidos en los Pliegos dentro del proceso de Concurso Público; y, finalmente en el punto 4 CONCLUSIONES establece que existen ***ciertas deficiencias administrativas del Concurso Público MDMQ-STHV-001-2017*** *tanto en su etapa preparatoria como en la precontractual las cuales debieron ser consideradas por la Secretaría de Territorio Hábitat y Vivienda; así mismo respecto de la oferta de Publicidad Sarmiento S.A.* ***se evidencia ciertas contradicciones e inconsistencias no convalidadas, información incompleta, poco clara y contradictoria****, lo cual ameritaba que la entidad contratante, luego de la revisión respectiva, determine la pertinencia de aceptar la oferta (Énfasis nos corresponde) (...)".*

"(...) Pese a las irregularidades puestas en evidencia a través del informe de Quito Honesto y que determina que existieron (sic) violación a los derechos constitucionales a la igualdad y seguridad jurídica por haber adjudicado de forma arbitraria el contrato a la empresa de Publicidad Sarmiento S.A., el 11 de abril de 2018, la Secretaría de Territorio, Hábitat y Vivienda del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito suscribe con la compañía Sarmiento Publicidad S.A. el "Contrato para el diseño, construcción, instalación, mantenimiento y conservación de mobiliario urbano a cambio de explotación publicitaria para el Distrito Metropolitano de Quito" (....)".

"(...) Al hablar de medidas preventivas se considera la necesidad de ***daño inminente*** *el cual se basa en la proximidad ocurrencia de un perjuicio, basado en presunción fáctica y parcialmente cierta (que se espera que suceda), en detrimento de quien lo alega. Al no aplicare las medidas preventivas que establece la ley de la materia, se podría generar más perjuicios en la ejecución misma del contrato adjudicado a la compañía Publicitaria Sarmiento S.A, al existir no sólo un perjuicio real para el mercado y sus actores, sino que podría llegar hasta ser sujeto de examen por parte de la Contraloría General del Estado, al ser un concurso público que dispondría de presupuesto del erario nacional (...)".*

"(...) En cuanto al criterio de necesidad ***urgente*** *de las medidas solicitadas, la tutela cautelar tiene su fundamento basado en el riesgo que tiene la resolución final de resultar ineficaz. En virtud de lo expuesto, por el daño a las empresas y talleres artesanales ecuatorianos de todo el país, y consumidores, y por la necesidad urgente que se tiene sobre las prácticas desplegadas y los efectos que se esperan de las mencionadas prácticas anticompetitivas, es necesario que se suspenda el proceso de concesión de contratación pública No.MDMQ-STHV-001-2017, para la "Concesión del diseño, construcción, instalación, mantenimiento y conservación de mobiliario urbano a cambio de explotación publicitaria para el Distrito Metropolitano de Quito (...)"*

II. Que esta Comisión de Resolución de Primera Instancia, mediante providencia de 19 de diciembre de 2018, a las 15h18, avocó conocimiento de la denuncia presentada por el señor Pablo Aníbal Arias Montahuano, y al respecto dispuso lo siguiente: *"(...).* ***4)*** *Con sujeción a lo que disponen los artículos 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y 74 de su Reglamento de Aplicación, se solicita a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, que en el término de quince (15) días remita a esta Comisión un informe motivado sobre la necesidad de la adopción de las medidas preventivas solicitadas por el denunciante señor PABLO ANIBAL ARIAS MONTAHUANO, en calidad de representante legal del Gremio de Maestros Rotulistas y Afines de Pichincha, en contra del operador económico PUBLICIDAD SARMIENTO S.A., representado por la señora NELLY PAULINA DURANGO CAMPANA (...)"*

III. Que la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en las conclusiones y recomendaciones de su Informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-001-2019 de 04 de enero de 2019, manifiesta lo siguiente:

"V. CONCLUSIONES"

"(...) Hasta la presente fecha el expediente administrativo no cuenta con los elementos materiales necesarios que brinden a esta unidad de investigación los insumos para la determinación de un mercado relevante en el cual se estarían realizando las conductas denunciadas, así como también elementos de juicio necesarios (a análisis contractual sopesado con la entidad contratante, consideración de explicaciones, indeterminación de operadores económicos afectados conforme se detalla en el texto de la denuncia, entre otros) para determinar la viabilidad de la adopción de las medidas preventivas. Así mismo, en lo que respecta al análisis económico, en ausencia de elementos bastos para la identificación de operadores económicos participantes en el mercado

relevante a estudiar, la diferencia que existiría respecto a los eslabones de mercado y/o producción entre los denunciados y el denunciante, así como de la naturaleza misma del contrato municipal, se dificulta para esta autoridad la realización de un adecuado análisis sobre la implementación de las medidas preventivas solicitadas por parte del denunciante (...)".

"(...) De lo dispuesto por el artículo 73 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y el artículo 11, numeral 9, inciso segundo, de la Constitución de la República del Ecuador, se puede manifestar que, aun siendo deber de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, y por tanto de esta Dirección Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, como órgano de control, el fomentar y controlar el mercado, para que el mismo se encuentre libre de prácticas que afecten a la competencia y de esta manera se convierta en un pilar para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional, este deber implica un correcto y acertado análisis de los casos que lleguen a su conocimiento, en el cual deberá propender a la protección proporcional de los derechos de los operadores económicos intervinientes en el mercado(...)".

"(...) Por todo lo expuesto, toda vez que la norma reglamentaria-apoyada en la verdad procesal expresada hasta la emisión del presente informe-refleja a las medidas preventivas con carácter técnico, restringido y facultativo en cuanto a su emisión, esta unidad investigativa considera que el estado procesal no sustenta y/o motiva la adopción de las mismas, pues se podrían originar daños a los presuntos responsables y a una posible alteración de la voluntad contractual a la que se hace referencia en la denuncia. En tal virtud, quedando abierta la posibilidad de que, una vez obtenida la información pertinente y avanzada la investigación procesal, en caso de considerar necesaria la solicitud de medidas preventivas tras la consecución en la tramitación del procedimiento, estas puedan ser solicitadas por esta autoridad, se sugiere la no aceptación de las mismas a pedido del operador económico denunciante (...)".

"VI. RECOMENDACIONES"

"(...) En base a las normas citadas e información recopilada a la fecha de emisión de este informe dentro del expediente de investigación; y, en atención a las conclusiones expuestas, este órgano de investigación recomienda, de conformidad con las atribuciones y potestades que le confiere la ley y la norma reglamentaria, a la Comisión de resolución de Primera Instancia, no acoger la solicitud de medidas preventivas, en virtud de no justificarse su implementación conforme lo exigen los artículos 74 y 75 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM (...)".

IV. Que la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en el análisis y conclusión, constante en

su Informe Ampliatorio No. SCPM-INICAPMAPR-002-2019 de 16 de enero de 2019, señala lo siguiente:

"2. ANALISIS DE PROCEDENCIA":

"(...) El denunciante solicita como medidas preventivas la suspensión del proceso de contratación pública No.MDMQ-STHV-001-2017 y la suspensión de los actos administrativos sancionadores que el Municipio de Quito ha dictado por existencia de publicidad exterior ilegal (sin Licencia Metropolitana Urbanística "LMU41"), imponiendo la multa respectiva al infractor (...)".

"(...) Si bien el artículo 73 del reglamento, contempla como medida preventiva la posibilidad de dictar "la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida" cabe puntualizar que para ello es fundamental que de la denuncia se desprenda una descripción clara de la conducta denunciada y la relación de los denunciados con dicha conducta. Es decir, que se puede colegir el o los numerales que correspondan del artículo 11 de la LORCPM, y cómo los hechos relatados develan la configuración de la conducta anticompetitiva, esto con el fin de que se encamine y/o se encuentre sustento para las medidas preventivas que solicita (...)".

"(...) Aclaremos que, si bien pueden requerir medidas preventivas en general, al hacerlo el denunciante con carácter específico, la autoridad partirá del análisis de la procedencia de lo solicitado, para en un análisis macro analizar si cabe se dicten las generales contempladas en el Reglamento a la LORCPM. Con lo dicho, el denunciante- para tener contexto- se enfoca en manifestar la actuación del Municipio de Quito y Publicidad Sarmiento S.A., en ámbitos que exceden las competencias otorgadas a esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como: a) la legalidad del contrato suscrito entre ambas entidades; o, b) el régimen sancionatorio del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito. Buscando, en torno a estos literales, se dicten medidas preventivas (...)"

"(...) Recordemos que los actos emitidos por el municipio, se encuentran embestidos (sic) de la presunción de legitimidad reconocida en el Código Orgánico Administrativo: "Es válido el acto administrativo mientras no se declare su nulidad" Por tanto, el acto administrativo únicamente puede ser declarado nulo: a través de la interposición de una reclamación o un recurso administrativo". Consecuentemente, la SCPM no siendo competente para pronunciarse sobre supuestas ilegalidades que alega el denunciante, no podrá aceptar medidas preventivas que tiendan a estos efectos (...)".

"(...) Adicionalmente, cabe señalar que el COA, al referirse a medidas provisionales antes de la iniciación del procedimiento administrativo, determina como requisitos esenciales, que se trate de una medida urgente, necesaria y proporcionada y que la motivación no se fundamente en meras afirmaciones. El denunciante, a más de no describir de manera clara la conducta anticompetitiva, y solicitar concretamente como medida preventiva la suspensión del contrato de concesión y los procesos administrativos sancionadores, basa su argumentación en meras afirmaciones, atando el inicio de las sanciones administrativas que se encuentra normada en la Ordenanza Municipal No.119 desde el 2016, con una cláusula contractual que obliga a la condecente (sic) a entregar el espacio libre de publicidad ilegal aplicable desde el 2018 (...)".

"(...) El informe No.SCPM-INICAPMAPR-DNIAPR-001-2019, de 04 de enero de 2019, en consideración a la finalidad legal de las medidas preventivas, y en análisis de los parámetros para su dictamen (ambos casos, que no pueden ser otros que los normados en el artículo 62 y 72 de la Ley y su Reglamento, respectivamente), en su apartado "IV. ANALISIS", ha considerado que las medidas requeridas por el denunciante, no cumplen los fines normativos, en un análisis que, descartando la opción principal, no requiere de pronunciamiento respecto de escenarios posteriores (...)".

"(...) Siendo este informe la contestación a una consulta que busca dilucidar la pertinencia y/o procedencia de dictar las medidas ***que el denunciante ha requerido****, bajo lo (sic) lógica anterior, bastará anunciar que si las medidas demandadas refieren a la PROTECCIÓN PROPIA como competidor y que tienen por finalidad SUSPENDER ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS (un contrato y procedimientos sancionatorios)- que este sector productivo subjetivamente considera le afectan y que califica como contrarias a la competencia-,estando excluido el solicitante de ese eslabón del sector al que se refiere la conducta denunciada, se encontrará sustento suficiente para señalar su* ***improcedencia*** *(...)"*

"(...) ***En cuanto a la finalidad de las medidas preventivas:***

a) Preservar las condiciones de competencia afectadas:

Es una finalidad que no se cumple en torno a lo requerido por el denunciante, dado que "[...] de la valoración de las actividades de mercado entre los involucrados, resalta que son distintas [...] no permite ubicarlos en el mismo nivel en sentido horizontal [...]"", lo cual no significa otra cosa que –por la dispariedad entre lo que se denunció y lo que se busca mediante las medidas solicitadas- no se preservarán las condiciones de competencia presuntamente afectadas por no responder a una realidad evidenciable. Situación que se explica en dos sentidos:

En sentido económico "[...] es importante la identificación de los potenciales y actuales competidores del mercado [...] Esta identificación es imprescindible para la realización de un adecuado análisis de los componentes estructurales y económicos en comportamientos anticompetitivos [...]" la concesión municipal (donde presuntamente parten las conductas anticompetitivas) no encontraría limitaciones para el libre ingreso de los talleres artesanos al mercado en el que actúan a través del proceso de concesión restringir y direccionar la competencia para un sector que no opera dentro del mercado que se denuncia-dictar medidas que suspenden un contrato y una ordenanza municipal causaría una afectación más grave de aquella que debe investigarse, de aquella que se ha plasmado en la denuncia y de aquella a la que se refiere el asunto contractual, y que – de ser pertinente-si podría dictarse tras una investigación minuciosa en el avance procesal (...)".

"(...) En este sentido jurídico, las condiciones de competencia que se asimilan y/o conceptúan como afectadas por el denunciante- al hacer referencia a que el procedimiento sancionatorio al que han tenido lugar los talleres artesanos al exigirles la licencia metropolitana urbanística (LMU-41) que se consideran han cambiado y les causa un perjuicio anticompetitivo, no pueden entenderse como tal, pues "[...] la puesta en operación de una Ordenanza Municipal (del 2016) no podría- prima facie- considerarse atentatoria contra los derechos de participación de mercado de los operadores económicos a los que esta normativa regula y/o controla [...]". Esto es evidente cuando, se desprende que las condiciones de competencia a las que hace referencia el denunciante como presuntamente afectadas son el cambio que existía en no iniciar procedimientos sancionatorios en contra de los talleres y maestros artesanos previo a la vigencia del contrato No.MDMQ-STHV-001-2017, a que ahora existan y se aplique la Ordenanza Municipal No.119 que tiene vigencia desde 2016 (...)"

"(...) b) Evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución:

Finalidad legal que no puede ser cubierta con las medidas preventivas solicitadas por el denunciante:

Se encuentra que el Contrato No.MDMQ-STHV-001-2017, para la "Concesión del diseño, construcción, instalación, mantenimiento y conservación de mobiliario urbano a cambio de explotación publicitaria para el Distrito Metropolitano de Quito", halla sustento en cuanto a su perfeccionamiento, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La autoridad de competencia, en específico, la IICAPMAPR, mal haría en hacer un señalamiento en la presente consulta, en torno a la legalidad del proceso de contratación municipal en cualquiera de sus etapas, estando obligada a referirse restrictivamente a la procedencia ***de lo requerido por el denunciante*** *(...)"*

"(...) En tal medida, el fin legal de que la medida preventiva tienda a evitar un daño que se origine de las conductas denunciadas, no es posible-tal como se señaló a lo largo del informe 001-2019-proyectarlo, toda vez que la información de la conducta denunciada refiere a un proceso dentro del cual, el sector que "representa" el gremio de publicistas artesanos, no es el mismo que el del objeto contractual de concesión, por ende, la suspensión o no del Contrato No.MDMQ-STHV-001-2017-manteniendo inalteradas las condiciones de competencia para los talleres artesanos (conforme se ha podido estudiar hasta este momento de la verdad procesal), no podrá causar este sector, en cuanto a horizontalidad, un daño competitivo (sea de restricción o direccionamiento de compras públicas)-no logrará evitar un daño que no se evidencia contra ese eslabón del mercado (no así respecto de otros, que deberá ser investigado) (...)".

"(...) ***En cuanto a los parámetros y/o limitaciones para la materialización de medidas preventivas:***

Para que un dictamen (sic) favorable respecto a la procedencia de medidas preventivas, ha de demostrarse – así sea de manera periférica- que sin la medida se puede (de manera actual y/o futura) paralizar u obstaculizar la libre competencia de los maestros y talleres artesanos de rotulistas y publicistas en el proceso de concesión municipal, es decir que al sector al que pretende tutelar con la adopción de la medida puede causarle un agravio anticompetitivo el proceso de concesión, o que al mercado general se cause un agravio de tal magnitud que no pudiera ser reparado con la resolución de sanción.

De lo expresado en párrafos previos de este informe, resaltará que existe independencia contractual en torno al mercado que se concesiona respecto del mercado en el que actúan los artesanos, por lo que resultará inoficioso para los fines de las medidas, dictar la suspensión del contrato y suspender los procesos sancionatorios que se originan en la aplicación de la Ordenanza Municipal No.119-2016, dado que lo solicitado no guarda necesidad para el caso en análisis, y resultaría desproporcionada- en ese orden-la adopción de medidas que tienda a los efectos de suspensión deseados.

Así, la medida preventiva debiendo dictarse en tanto exista incertidumbre acerca del derecho que se discute (libre competencia entre las partes contratantes y el grupo "representado" por el denunciante), con la finalidad de garantizar la eficacia de la futura declaración de violación a las buenas prácticas comerciales (sin acuerdos o prácticas restrictivas), pierde el elemento "NECESIDAD" si se determina que-de las medidas requeridas-no existe incertidumbre respecto de la afectación que pueda causar al requirente el contrato de concesión (no así de la incertidumbre del mercado en general), por cuanto se determina que –con la suspensión de contrato o sin esta –

permanecen inalteradas, por un lado, las obligaciones de contar con la Licencia Metropolitana Urbanística "LMU41";y, por otro lado, la participación en el eslabón en el que siempre han venido operando. A más de que, como ya se ha dicho, los propios actos de la administración municipal se sustentan en los principios de presunción de legitimidad y ejecución de las decisiones administrativas.

Se debe insistir en cuanto a que, en materia administrativa, las medidas preventivas tienen su tratamiento la potestad o privilegio de la Administración para la adopción, la cual debe ser motivada y sustentada con elementos de juicio, con el fin de asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general representado por la Administración, ante la posibilidad de que sin su adopción se arriesgue la competencia y el mercado de compras públicas. Por lo anterior, en atención a la prohibición de adoptar y/o dictar medidas preventivas que puedan originar daños irreparables o que impliquen violación de derechos fundamentales, observando la falta de necesidad para el dictamen de medidas como han sido solicitadas, así como de la proporcionalidad de estas, no se cumplen los parámetros para materializarlas, y debe pronunciarse en contra de su procedencia.

Para el otorgamiento de una medida preventiva debe tomarse en cuenta, entre otros factores, la naturaleza de la violación alegada.

La Corte Constitucional ha manifestado que la apariencia de buen derecho, es uno de los presupuestos propios de una acción de medida cautelar. Es ella en realidad en donde descansa el fundamento del otorgamiento de una medida cautelar, pues se basa en una presunción razonable de que los hechos denunciados como violatorios o de inminente violación de los derechos constitucionales, así como de los previstos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, son verdaderos.

En torno a ello, Calamandrei resume a la apariencia de buen derecho como: "el juicio de probabilidad y verosimilitud que la resolución principal declarará el derecho en sentido favorable a aquél que solicita la medida cautelar, con valor no de declaración de certeza sino de hipótesis.

En las descripciones realizadas es posible dilucidar como elemento en común, la razonabilidad de la presunción del derecho alegado con el denunciante. Si bien resulta solo una hipótesis, el competente a decidir debe analizar la naturaleza de la petición y de la probabilidad de la certeza de lo que alega el denunciante; es decir, que el derecho referido existe. Por tanto, el denunciante en su petición de medidas preventivas debe justificar la posible certeza de que sea reconocido su derecho en el proceso contractual como competidor.

Se ha dicho que el sector al que "representa" el denunciante no se encuentra en el mismo eslabón que aquel operador económico que resultó favorecido por el procedimiento contractual de concesión, y que ello imposibilita, de primera mano, que se dicten medidas preventivas que tiendan a dejar en suspenso el proceso de concesión (que no puede afectarles dado que la conducta anticompetitiva expresada no llega a su eslabón) y procedimientos administrativos sancionatorios, los cuales tienen origen en la aplicación de una Ordenanza Municipal.

El Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía de España, hace una definición de esta institución aplicada a la materia que nos concierne y determina que: "la apariencia de buen derecho reside en la razonable existencia prima facie de una conducta que resulta incursa en alguna de las prohibiciones de la Ley de Defensa de la Competencia". Concepto que aplica de manera directa al caso in situ; el denunciante en su petición de medidas preventivas debió establecer cómo los hechos configuran alguna de las conductas anticompetitivas recogidas en el art. 11 de LORCPM, para permitirle al órgano de sustanciación de esta institución evidenciar la posible existencia de la conducta, y con ello decidir aplicar o no la medida preventiva que corresponda. Es decir que el denunciante debió enfocar los hechos de la denuncia a las competencias de la SCPM, y no discutir la legalidad de actuaciones que no pueden ser analizadas por esta autoridad de competencia, que es lo que pretende lograr –atacar la legitimidad-del contrato de concesión y de los procesos (...)".

"(...) ***3.- CONCLUSIÓN:***

Por las consideraciones anteriores, en apego a lo señalado en el Informe No.SCPM-INICAPMAPR-DNIAPR-001-2019, de 04 de enero de 2019, se reitera lo concluido y recomendado, esto es, por la naturaleza misma de las medidas preventivas, con carácter técnico, restringido y facultativo en cuanto a su emisión, se concluye que no resulta procedente bajo los términos de la LORCPM y su Reglamento, el dictamen y aceptación de medidas preventivas solicitadas por el señor Pablo Aníbal Arias Montahuano, en calidad de representante del Gremio de Maestros Rotulistas y Afines de Pichincha, por no responder a los requisitos de necesidad y urgencia (...)".

V. Que el artículo el 76 de la Constitución de la República del Ecuador determina que: "(…) En todo proceso en el que se determine derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso (…)""Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes (…)".

VI. Que el artículo 82 de la Constitución establece: "(…) El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes (…)".

VII. Que el artículo 4 de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado contiene los lineamientos para la regulación y principios para la aplicación de esta Ley, nos dice: "(…) En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia de esta Ley (…)" "(…) Para la aplicación de la presente Ley se observarán los principios de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y debido proceso (…)".

VIII. Que el artículo 87 de la Constitución de la República, respecto a las medidas cautelares prescribe: "(…) Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de un derecho (…)".

IX. Que los jurisconsultos Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernandez, sostienen que "(…) El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha desarrollado las mismas tesis de una manera aún más resuelta. En la sentencia Factortame I de 1990 (donde eran parte, por cierto, pescadores españoles) declaró que un juez nacional podía y debía suspender cautelarmente la aplicación de una Ley cuando ésta infringe el Derecho Comunitario, lo que, por cierto ha causado una verdadera revolución constitucional en Inglaterra, y ello sobre la base del fumus boni iuris o apariencia de buen derecho y del periculum in mora, o peligro de perjuicio serio si la medida se retrasa (…)".Curso de Derecho Administrativo. Civitas Ediciones. Octava Edición. Madrid 2002. Página 640.

X. Que el jurista Patricio Secaria Durango, en cuanto a los requisitos de las medidas cautelares nos dice lo siguiente: "(…) La doctrina ha señalado que las medidas cautelares se fundan en dos características o requisitos que las explican:

1. Periculum in mora, (peligro de la demora) que es la incertidumbre o el peligro de la demora en la tramitación de los juicios, al cual se incorpora asimismo, la necesidad de que se garantice el cumplimiento de la sentencia y se eviten los daños que se producen por la competencia desleal denunciada.

2. Fumus boni juris, (humo-apariencia del buen derecho), que en materia de competencia desleal se explica por las pruebas preliminares que se entregan, en la demanda de las cuales se infieran, sin que ello signifique un adelantamiento de opinión judicial, elementos suficientes para que se precautelen bienes, se eviten nuevos actos, se suspendan los que están en ejecución o se prohíban aquellos que potencialmente se

produzcan, para de esta manera proteger los daños a los operadores económicos, a los consumidores y al interés público (…)". Derecho Administrativo y Corrección Económica. Memorias Seminario Internacional. Corte Nacional de Justicia. Primera Edición. Quito- Ecuador 16-19 de noviembre de 2015. Página 212 (…)".

XI. Que los tratadistas Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, sostienen que: "(…) las medidas cautelares sirven como una garantía que impide la generación de un daño y al mismo tiempo satisface la obtención de una providencia definitiva que cumpla con las características de consideración y ponderación necesarias para contar con una respuesta justa y efectiva en la garantía de los derechos constitucionales (…)". Sobre el principio de la ineficacia de la decisión afirman: "(…) una de las razones por las que se plantea la necesidad de que existan medidas cautelares, es la de evitar que la decisión definitiva resulte ineficaz, debido a que la demora en la expedición de esta, puede producir la consumación del daño irreparable, haciendo necesaria la adopción de medidas previas. Y respecto al artículo 87 de la Constitución sustentan: "(…) que las medidas cautelares procederán frente a un hecho que "amenace de modo inminente y grave con violar un derecho "asegurando además que la gravedad del daño se relaciona con la intensidad o frecuencia de dicha violación. Al respecto cabe precisar que los requisitos específicos en el artículo son, en su mayor parte, compartidos con los criterios generales de las medidas cautelares provisionales en las que deben mediar criterios de gravedad, urgencia e inminencia de un daño irreparable (…)".Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Tomo 2, Centro de Estudios y Difusión, Quito, Ecuador 2012, Página 89 y 91.

XII. **Que según el jurista ecuatoriano Jorge Zavala Egas**"(…) Se trata, en consecuencia, de medidas cautelares o preventivas que, como dice expresamente la norma, se encaminan a asegurar la eficacia de la resolución que pudiere recaer en ese procedimiento. Se trata de medidas que acceden a la resolución de un procedimiento iniciado y se expiden para garantizar la eficacia de la misma, convirtiéndose ésta en la medida que permite el control de la idoneidad de las medidas dictadas, esto, es de su procedencia (…)". Y agrega "(…) Es de importancia destacar la necesidad de una razonable motivación en las decisiones de adoptar medidas cautelares o, bien, para su ratificación, reforma o revocatoria, siempre expresando los elementos de juicio suficientes para sustentar la decisión que se tome (…)". Lecciones de DERECHO ADMINISTRATIVO. Edilex Editores S.A. Primera Edición. Páginas 492 y 493.

XIII. Que el artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, establece: "(…) El órgano de sustanciación y resolución de la Superintendencia de Control del Poder Mercado, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación, podrá, a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar medidas preventivas, tales

como la orden de cese de la conducta, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, la adopción de comportamientos positivos, y aquellas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Las medidas preventivas no podrán consistir en la privación de la libertad, la prohibición de salida del país o el arraigo. Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar.

En igual sentido, podrá disponer, a sugerencia del órgano de investigación o a pedido de parte, la suspensión, modificación o revocación de las medidas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de emitir la resolución.

Cuando la medida preventiva se adopte antes del inicio del procedimiento de investigación, dicha medida caducará si no se inicia el referido procedimiento en un plazo de 15 días contados a partir de la fecha de su notificación.

En caso de desacato, podrá ordenar la clausura de los establecimientos en los que se lleve a cabo la actividad objeto de la investigación hasta por noventa días (…)".

XIV. Que el artículo 73 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, al referirse a las clases de medidas preventivas prescribe: "(…) Según lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley el órgano de sustanciación y resolución podrá establecer, entre otras, las siguientes medidas preventivas tendientes a evitar una grave lesión que afecte la libre concurrencia de los operadores:

a) Ordenes de cese inmediato de la conducta en que se podrá incluir el apercibimiento de sanción de conformidad con la Ley.

b) La imposición de condiciones.

c) La suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida.

d) La adopción de comportamientos positivos.

e) Las demás que considere pertinentes para preservar las condiciones de competencia afectadas para evitar el daño que pudieren causar las conductas investigadas o asegurar la eficacia de la resolución definitiva.

No se podrán dictar medidas preventivas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales.

En ningún caso la propuesta, adopción, suspensión, modificación o revocación de medidas preventivas suspenderá la tramitación del procedimiento (...)".

XV. Que el artículo 74 del Reglamento antes invocado sobre la adopción de medidas preventivas determina: "(...) El órgano de sustanciación y resolución, durante cualquier etapa del procedimiento podrá, a sugerencia del órgano de investigación o a solicitud del denunciante, dictar la adopción de medidas preventivas por el plazo que estimare conveniente.

Si las medidas preventivas hubieran sido solicitadas por el denunciado, el órgano de sustanciación y resolución enviará una consulta sobre su procedencia al órgano de investigación, quien deberá emitir su informe en el término de quince (15) días desde que la consulta fuera recibida.

El órgano de sustanciación y resolución emitirá su resolución debidamente motivada en el término de diez (10) días contados a partir de la fecha en que se hubiere recibido el informe del órgano de investigación.

La falta de pronunciamiento del órgano de sustanciación y resolución dentro del plazo establecido en el inciso anterior, no podrá ser entendida como aceptación tácita de la petición de las medidas cautelares.

Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar (...)".

XVI. Que el artículo 76 del Reglamento citado en líneas precedentes, señala: "(...) De conformidad con la ley, el órgano de sustanciación y resolución, a sugerencia del órgano de investigación o a petición fundamentada de los interesados, y previo informe de dicho órgano, podrá ordenar en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, la suspensión, modificación o revocatoria de las medidas preventivas debido a circunstancias sobrevinientes o desconocidas al tiempo de su adopción (...)".

En mérito de los fundamentos expuestos anteriormente y que establecen que no se cumplen los requisitos o presupuestos legales de apariencia de buen derecho y peligro por la demora procesal para adopción de las medidas preventivas solicitadas, razón por la cual, en uso de sus atribuciones legales previstas en los artículos 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y 74 de su Reglamento de Aplicación, esta Comisión de Resolución de Primera Instancia

RESUELVE

1. **ACOGER** las conclusiones y recomendaciones de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, constantes en los informes No. **SCPM-INICAPMAPR-**

DNICAPR-001-2019 de 04 de enero de 2019 y **No.SCPM-INICAPMAPR-002-2019** de 16 de enero de 2019, en las cuales se establece lo siguiente: *"(...)Por las consideraciones anteriores, en apego a lo señalado en el Informe No.SCPM-INICAPMAPR-DNIAPR-001-2019, de 04 de enero de 2019, se reitera lo concluido y recomendado, esto es, por la naturaleza misma de las medidas preventivas, con carácter técnico, restringido y facultativo en cuanto a su emisión, se concluye que no resulta procedente bajo los términos de la LORCPM y su Reglamento, el dictamen y aceptación de medidas preventivas solicitadas por el señor Pablo Aníbal Arias Montahuano, en calidad de representante del Gremio de Maestros Rotulistas y Afines de Pichincha, por no responder a los requisitos de necesidad y urgencia (...)".*

2. **NEGAR** la petición de adopción de medidas preventivas solicitadas por el señor Pablo Aníbal Arias Montahuano, en su calidad de representante del Gremio de Maestros Rotulistas y Afines de Pichincha, mediante denuncia presentada en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el día martes 20 de noviembre de 2018, a las 15h33, en contra del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito y el operador económico **PUBLICIDAD SARMIENTO S.A**
3. **NOTIFICAR** con la presente Resolución a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas y al denunciante señor Pablo Aníbal Arias Montahuano, en su calidad de representante del Gremio de Maestros Rotulistas y Afines de Pichincha.
4. Actúe en calidad de Secretario Ad-Hoc, de esta Comisión el abogado Eduardo Xavier Maigualema Herrera.- **NOTIFIQUESE y CUMPLASE.-**

Dr. Oswaldo Ramón Moncayo
COMISIONADO

Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
PRESIDENTE