

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** INICAPMAPR
- **Expediente INICPD:** SCPM-IGT-INICAPMAPR-005-2019
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-017-2019
- **Denunciante:** INDUVALLAS CIA. LTDA.  
AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS  
GRAN COMERCIO CIA. LTDA  
CREAMEDIOS S.A
- **Denunciados:** MUNICIPIO DEL D.M.Q.  
PUBLICIDAD SARMIENTO S.A.
- **Apelante:** INDUVALLAS CIA. LTDA.; AKTIVARMED  
MEDIOS PUBLICITARIOS; GRAN COMERCIO  
CIA. LTDA.; CREAMEDIOS S.A.

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-** Quito, DM, 20 de septiembre de 2019, a las 12h00.- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme con la acción de personal No. SCPM-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, en conocimiento del presente recurso de apelación, y en uso de mis facultades legales, considero:

**PRIMERO.-** Agréguese al expediente y téngase en cuenta el escrito de alegaciones con su respectivo anexo suscrito por el señor Dunker Morales Vela en calidad de Procurador Metropolitano, representante legal y judicial del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, ingresado en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 31 de julio de 2019 a las 15h02, signados con el número de trámite ID 139375.-

**SEGUNDO.- COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en los artículos 44.2 y 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso de Apelación planteado.-

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

**CUARTO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-** Los señores Wagner Javier Oña González, en calidad de Gerente General del operador económico INDUVALLAS CIA. LTDA., Luis Ricardo Viteri Cevallos, en calidad de Gerente General del operador económico AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A., Sergio Alfredo Pérez Salazar en calidad de Gerente General del operador económico GRANCOMERCIO CIA. LTDA. y Juan Carlos Palacios Andrade, en calidad de Gerente General del operador económico SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A. (en adelante "los recurrentes"), mediante escrito de 15 de julio de 2019 a las 16h28, ingresado en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado con número de trámite ID 137470, interpusieron Recurso de Apelación en contra de la Resolución de 14 de junio de 2019 a las 17h10, emitida por la

Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas. Los recurrentes han cumplido así con el principio de oportunidad establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), en cuyo artículo 67 dispone: “*Recurso de Apelación o Jerárquico.- (...) El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo recurrido. (...)*” (las negrillas no son propias del texto).-

**QUINTO.- ACTO IMPUGNADO.-** El acto impugnado por los operadores económicos INDUVALLAS CIA. LTDA., AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A., GRANCOMERCIO CIA. LTDA. y SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A., es la Resolución de Archivo de 14 de junio de 2019 a las 17h10, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de esta SCPM, respecto de la denuncia presentada por los recurrentes en contra del operador económico PUBLICIDAD SARMIENTO S.A. y del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito (en adelante MDMQ), en la que resolvió: “**PRIMERO.-** Acoger en su totalidad el Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPMAPR-016-2019 de fecha 13 de junio del 2019, agregado en el ordinal tercero de esta resolución.- **SEGUNDO.-** Al no existir merito (sic) suficiente para la prosecución del presente expediente administrativo, y por encontrar satisfactorias las explicaciones de los operadores económicos denunciados de conformidad a los artículos 57 y 63 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento de aplicación, respectivamente ARCHÍVESE el expediente signado con el número SCPM-IGT-INICAPMAPR-005-2019 (...)”

**SEXTO.- SOBRE LA PRETENSIÓN DE LOS RECURRENTES.-** Los operadores económicos INDUVALLAS CIA. LTDA., AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A., GRANCOMERCIO CIA. LTDA. y SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A., a través de su escrito de apelación solicitan a esta Autoridad: “1. Solicito la suspensión de la providencia de 14 de junio del 2019, con el fin de que se continúe con la investigación dentro de los hechos que se denunciaron ante la autoridad competente. 2. Se admita la denuncia, se dicten las medidas preventivas que correspondan y se de apertura a la investigación en el (sic) contra del denunciado, como son la suspensión de la ejecución del contrato. 3. Se remita a la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado a fin de que conozca, tramite, adopte y dicte las medidas preventivas solicitadas en contra del denunciado con carácter de urgente, a fin de precautelarse el orden público económico y la leal competencia. Petición que es procedente en atención a la inminencia, gravedad e irrecuperabilidad de los daños que acaecerían en contra de nuestros intereses. 4. Como medidas preventivas mínimas se debe adoptar las siguientes: a. La suspensión de la publicidad del aludido en este proceso en todas sus fases. b. Notificar a la Agencia Metropolitana de Control con la suspensión de los actos administrativos sancionadores relacionados con la publicidad exterior en el Distrito Metropolitano de Quito, en tanto no se reforme la normativa que en este momento está siendo utilizada por Sarmiento como una herramienta para eliminar la competencia de publicidad en espacio público,

-38-  
humb  
4  
abu

y en cuanto exista evidencia de la aparente imposición de medida cautelar con sello de suspensión a la publicidad exterior en las marcas anunciando confundiendo el hecho y utilizando el organismo de control para sancionar con multas exorbitantes, siendo que el único beneficiado de la ejecución de estas sanciones y medidas cautelares es la compañía Sarmiento, ya que ellos cubren sus actuaciones contrarias a la Ordenanza 119, específicamente lo determinado en el Art. 9, literal t), aplicando únicamente lo establecido en el contrato denunciado. Si es que el Municipio continúa con estas sanciones y agresiones comerciales, evidentemente llevaría a la quiebra de las empresas publicitarias beneficiando únicamente a Sarmiento, por eso es menester la aplicación inmediata de esta medida preventiva, misma que deberá ser aplicada hasta que exista un ordenamiento jurídico claro que permita la libre competencia entre compañías y que no incline la normativa a favor de una, con el único hecho de beneficiarle competitivamente en el mercado ecuatoriano publicitario. c. Que la Intendente Zonal de la Superintendencia de Ordenamiento Territorial, Planeamiento Urbanístico y del Uso y Gestión del Suelo, suspenda u ordene el retiro de los elementos que incumplan la normativa de la Ordenanza Municipal No. 119 vigente y/o con la Ordenanza Municipal con relación a los anchos mínimos de circulación en aceras y parterres centrales, disponiendo al Municipio que revoque el contrato con la compañía Publicidad Sarmiento, ya que el mismo se suscribió en contra de la normativa urbana vigente, conforme consta en el reporte fotográfico adjunto. d. Que la Intendente Zonal de la Superintendencia de Ordenamiento Territorial, Planeamiento Urbanístico y del Uso y Gestión del Suelo, haga cumplir la normativa municipal vigente y disponga que no se sigan colocando esta publicidad en zonas prohibidas; e. Demás medidas 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. 5. Se me remita copia de todo cuanto sea información pública que vuestro despacho pueda acceder del mencionado proceso de contratación pública en aras de acceder a pruebas que permitan reforzar la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad del denunciado. 6. Se declare que el operador económico Publicidad Sarmiento S.A., incurrió en actos de violación a las normas prohibitivas previstas en los Artículos 9, 11 y 26 la LORCPM. 7. Declare que el operador económico Publicidad Sarmiento S.A., incurrió en actos de competencia desleal prevista en el Artículo 27 numeral 9 de la LORCPM. 8. Que la Contraloría General del Estado actúe revisando y fiscalizando el contrato suscrito entre el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito y Publicidad Sarmiento S.A."

**SÉPTIMO.- CONSTANCIA PROCESAL RELEVANTE.- a) De la revisión del expediente administrativo signado con el No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-005-2019,** se evidencian las siguientes constancias procesales relevantes: i) Denuncia presentada por los señores Wagner Javier Oña González, en calidad de Gerente General del operador económico INDUVALLAS CIA. LTDA., Luis Ricardo Viteri Cevallos, en calidad de Gerente General del operador económico AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A., Sergio Alfredo Pérez Salazar en calidad de Gerente General del operador económico GRANCOMERCIO CIA. LTDA.; y, Juan Carlos Palacios Andrade, en calidad de Gerente General del operador económico SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A.

ingresada en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 12 de abril de 2019 a las 12h36 con número de trámite ID 129930; ii) Providencia de 26 de abril de 2019 a las 13h05, por medio de la cual la Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, Econ. María Alejandra Egúez, dispuso a los denunciantes que completen y aclaren la denuncia; iii) Escrito de complementación de la denuncia ingresado en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 02 de mayo de 2019 a las 14h43, con número de trámite ID 131570; iv) Providencia de 07 de mayo de 2019 a las 16h55, mediante la cual la Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, Econ. María Alejandra Egúez calificó la denuncia presentada y dispuso correr traslado con la misma al operador económico PUBLICIDAD SARMIENTO S.A. y al Municipio del Distrito Metropolitano de Quito a fin de que en el término de quince (15) días presente sus explicaciones; y de la misma manera dispuso que se cuente y notifique al Procurador General del Estado con las actuaciones dentro del expediente de Investigación No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-0005-2019; v) Escrito de explicaciones presentado por el operador económico PUBLICIDAD SARMIENTO S.A. el 29 de mayo de 2019 a las 17h16; vi) Escrito de explicaciones presentado por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito el 31 de mayo de 2019 a las 17h03; vii) Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPR-001-2019 de 13 de junio de 2019 suscrito por el Abg. Francisco Riofrio Cueva, respecto del análisis de las explicaciones presentadas dentro del expediente signado con el número SCPM-IGT-INICAPMAPR-0005-2019; viii) Resolución de 14 de junio de 2019 a las 17h10 mediante la cual la Econ. María Alejandra Egúez, en calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispuso el archivo del expediente de investigación.

**OCTAVO.- NORMATIVA LEGAL APLICABLE.-** Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar lo establecido en la norma; así, la **Constitución de la República del Ecuador - CRE-** prevé: *“Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”;* *“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) I) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho (...)”;* *“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”;* *“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias*

y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley (...); La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM- establece: “**Art. 44.- Atribuciones del Superintendente.-** Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley (...) 2. Conocer y resolver de forma motivada los recursos que se interpusieren respecto de actos o resoluciones conforme lo previsto por esta Ley y su Reglamento (...)”; “**Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.-** Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición (...)”.

**NOVENO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-** Por medio del Recurso de Apelación interpuesto, el operador económico pretende que esta Autoridad deje sin efecto la Resolución de 14 de junio de 2019 a las 17h10, bajo la argumentación de que el acto administrativo emitido por la INICAPMAPR carece de motivación, por lo siguiente:

1.- Que no se ha valorado las pruebas presentadas.- Sobre este punto, es necesario considerar preliminarmente que en todo procedimiento de investigación la forma de su inicio determina el tratamiento que la autoridad de investigación debe otorgarle al mismo; así, el artículo 53 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece que “(...) el procedimiento se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, por denuncia formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo.”, de los recaudos procesales, se desprende que en el expediente de investigación No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-005-2019, los operadores económicos INDUVALLAS CIA. LTDA., AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A., GRANCOMERCIO CIA. LTDA. y SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A., presentaron una denuncia en contra del operador económico PUBLICIDAD SARMIENTO S.A. y el MDMQ por el presunto cometimiento de prácticas anticompetitivas a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, es decir que el trámite administrativo que correspondía aplicar se encontraba reglado en los artículos 54 y 55 de la LORCPM, 54, 60 y 61 del Reglamento para su Aplicación y artículo 8 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativo de la SCPM; con base en los referidos artículos, le correspondía a la autoridad de investigación, una vez que tuvo conocimiento del contenido de la denuncia, verificar si ésta cumplía con los requisitos del artículo 54 de la LORCPM; y, en caso de considerar lo opuesto, disponer a los denunciados que la aclaren o completen en el término de tres días contados a partir de la notificación, para que de esta manera, la denuncia sea calificada y se corra traslado con su contenido a los presuntos responsables, iniciando de esta manera la fase de investigación preliminar, a fin de que en el término de quince (15) días se presenten las respectivas explicaciones. Así, una vez que el órgano sustanciador cuente con ellas, debía pronunciarse respecto a las mismas de manera motivada en el término de diez (10) días y, en consecuencia, disponer el inicio o no de la investigación. En este caso, y tal como se deriva de las constancias procesales detalladas en el considerando SÉPTIMO de la presente resolución, se cumplió con el trámite previsto en la norma, hasta la culminación mediante resolución de 14 de junio de 2019 a las 17h10. Con este preámbulo, corresponde analizar si efectivamente la INICAPMAPR

ha incurrido en falta de valoración de los elementos probatorios constantes en el expediente de investigación No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-0005-2019; para ello, es necesario recalcar dentro de los procedimientos administrativos sancionatorios y en el derecho de infracción, la prueba es el elemento esencial para la determinación de la existencia de la infracción y el establecimiento de las responsabilidades, sobre esta afirmación la doctrina considera que el elemento de convicción “(...) debe ser materia de la actividad probatoria, esto es, los hechos sobre los cuales versa el debate o la cuestión voluntaria planteada y que deben probarse por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por las partes, sin cuyo conocimiento el juez no puede decidir (...) debe probarse todo aquello que forma parte del presupuesto fáctico para la aplicación de las normas jurídicas (...)”<sup>1</sup>, en la especie la prueba anunciada por los recurrentes en su acto de proposición debe tener relación directa con el proceso de contratación No. MDM-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”; de esta manera, de la revisión de los escritos de 12 de abril y 02 de mayo de 2019 que contienen la denuncia y el escrito que la aclara, así como del Recurso de Apelación, se observa, en primer lugar, que a pesar de haber denunciado el cometimiento de prácticas anticompetitivas relacionadas con Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, y Prácticas Desleales, únicamente se ha establecido la supuesta relación de los involucrados con el artículo 11 de la LORCPM, razón por la cual la Intendencia, conforme sus competencias instruyó el trámite investigativo respecto de las conductas tipificadas en el artículo 11 referido. Adicionalmente, de la lectura del Recurso de Apelación, se evidencia que los recurrentes pretenden que esta Autoridad se pronuncie respecto de la validez y de la supuesta vulneración de derechos constitucionales derivados de la concesión y ejecución del contrato suscrito entre los denunciados, sin que consten elementos que conlleven a la Autoridad de investigación a presumir la existencia de los elementos configurativos de la conducta anticompetitiva denunciada y que por ende, exista incidencia en el ámbito del Derecho de Competencia. En este sentido, es importante tener en consideración que las pretensiones de los recurrentes exceden el ámbito de competencia de este organismo técnico de control cuyas actuaciones, de conformidad con el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador deben regirse al principio de legalidad que establece que “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley”; así, la Dirección Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante DNICAPR), a través del Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPR-0016-2019 de 13 de junio de 2019, acogido en su totalidad en la Resolución de 14 de junio de 2019 a las 17h10 manifestó que “(...) el Contrato de Concesión realizado por la municipalidad es un actividad característica de la administración municipal que no puede ser realizada por cualquier operador económico, lo que nos permite deducir que en el caso, dichas actuaciones gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad (...) esta institución no puede entrar a referirse sobre la legalidad de haberse otorgado dicho contrato de concesión (...) el proceso de concesión denunciado ya fue objeto de análisis en las acciones de protección Nros. 17957-2017-0000117 y 17233-2018-01816, causas en las cuales

<sup>1</sup> Echandía, Hernando Devis. “Compendio de la prueba judicial” Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores. Pág. 73.

las acciones constitucionales fueron desestimadas en su totalidad (...) Así mismo, los denunciantes acudieron al Servicio Nacional de Contratación Pública con una denuncia sobre la concesión entregada, sin embargo, (...) fueron los mismos denunciantes los que desistieron de la acción presentada. Por lo expuesto no es posible entrar a determinar la legalidad del concurso de licitación realizado en el caso denunciado" (el subrayado me pertenece), posición que es compartida por esta Autoridad, pues del análisis de los recaudos procesales constantes en el expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-005-2019 se observa que esta SCPM se encuentra vedada de emitir un criterio respecto de la legalidad del ejercicio de las potestades públicas del MDMQ, más aún cuando los elementos aportados no cumplen con los requisitos de idoneidad, pertinencia y utilidad de la prueba, por cuanto éstas no se adecúan a la conducta denunciada y por cuanto existen varios pronunciamientos judiciales que ratifican la actuación del MDMQ; por lo expuesto se considera que el argumento de los recurrentes carece de fundamento.

2.- Que no se ha solicitado al MDMQ que informe respecto del supuesto cobro diferencial en la generación de valores por tasas entre PUBLICIDAD SARMIENTO S.A. y otros operadores económicos, ni a la Agencia Metropolitana de Control (AMC) que remita el número de actos previos y expedientes iniciados en contra de operadores económicos de publicidad.- Al respecto, es necesario considerar que las Intendencias Nacionales de Investigación y Control, de conformidad con el artículo 48 de la LORCPM, tienen la facultad de "(...) requerir a cualquier operador económico o institución u órgano del sector público o privado, los informes, información o documentos que estimare necesarios a efectos de realizar sus investigaciones. (...) No será obligación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado atenerse, contra su convicción, al contenido de esos informes o información (...)" (el subrayado me pertenece). Bajo esta consideración normativa, se puede concluir que la INICAPMAPR tiene la potestad de solicitar la información que considere pertinente, y conducente para la investigación, tomando en cuenta el momento procesal. En este sentido, del escrito que contiene el Recurso de Apelación, se desprende que por medio de la solicitud de información al MDMQ los denunciantes hacen referencia a la supuesta comprobación de prácticas desleales, sin que exista un señalamiento por parte de los recurrentes de la relación y pertinencia de la solicitud con las conductas de competencia de la INICAPMAPR. De la misma manera, los recurrentes sostienen que por medio de la información que se encuentra en poder de la AMC, esta Autoridad podría "(...) observar que no se ha respectado (sic) el derecho constitucional a la Igualdad (...)"; sin embargo, como ya se analizó anteriormente, realizar esa valoración supera el ámbito de competencia de este organismo técnico de control, por lo que en consecuencia, no se evidencia que dichas solicitudes sean determinantes para que en la instancia actual, esta Autoridad concluya de manera distinta a la INICAPMAPR. Sin perjuicio de lo mencionado, el órgano de investigación, en ejercicio de sus competencias investigativas en el ámbito de Derecho de Competencia y, en cumplimiento del último inciso del artículo 55 de la LORCM que manifiesta, "(...) presentada la denuncia y con anterioridad a la resolución de inicio del procedimiento, el órgano de sustanciación podrá realizar actuaciones previas con el fin de reunir información o identificar indicios razonables de la existencia de infracciones a esta Ley", dispuso a los denunciantes mediante providencia de 04 de junio de 2019 a las 14h30, que en el término de tres días remitan información relacionada con el proceso de contratación

pública No. MDMQ-STHV-001-2017 a fin de corroborar los argumentos contenidos en la denuncia y su escrito de aclaración; sin embargo, llama la atención de esta Autoridad que de las piezas procesales constantes en el expediente de investigación no se evidencia que los propios denunciados hayan dado cumplimiento al requerimiento del órgano de investigación, a pesar de estar obligados a colaborar con el mismo, tal como lo manda el artículo 50 de la ley de la materia; por expuesto se considera que el argumento de los recurrentes carece de fundamento.

3.- Que no se ha pronunciado sobre la supuesta exclusividad que el MDMQ concede a PUBLICIDAD SARMIENTO S.A. por medio del contrato de concesión.- Al respecto, de la revisión del acto administrativo impugnado, se observa que que la Econ. María Alejandra Egúez, en calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en el considerando TERCERO de la resolución de 14 de junio de 2010 a las 17h10 agregó al expediente de investigación No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-025-2019, el Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPR-016-2019 de 13 de junio de 2019, signado con en número de trámite ID 135030 por medio del cual la Dirección Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas procedió con el análisis de la denuncia de los actuales recurrentes y las explicaciones de los denunciados, análisis y consideraciones que fueron acogidas por la Intendencia; ahora, es importante tomar en consideración que el Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPR-016-2019 de 13 de junio de 2019 se constituye en un elemento de opinión técnico para la formación de la voluntad administrativa y que en el presente caso fue puesto en conocimiento de los operadores económicos, y que dentro del contenido del mismo consta el análisis de la presunta exclusividad que fue indicada por los denunciados. En este sentido, no se puede alegar falta de pronunciamiento por parte del órgano de investigación respecto a la supuesta exclusividad generada por el contrato suscrito entre PUBLICIDAD SARMIENTO S.A. y el MDMQ, pues en el Informe de Análisis de Explicaciones, analizó tanto el concurso público No. MDMQ-STHV-001-2017 como la Ordenanza Metropolitana No. 119 de 26 de mayo de 2016 que determina el régimen administrativo de la Licencia Metropolitana Urbanística de Publicidad Exterior LMU (41) y que establece que el MDMQ puede utilizar como forma de pago a la publicidad a cambio de la prestación de servicios, obras municipales, etc., concluyendo que: *"Con los antecedentes precontractuales, y los lineamientos objeto de la concesión, encontramos que la materia propia de concesión no se limitó a la entrega de exclusividad de explotación de publicidad, sino que esta resulta como **contraprestación para la empresa privada que resulte concesionaria**"* (la negrilla me pertenece). Bajo este contexto, la Intendencia destacó que en el ámbito del Derecho de Competencia, para que una cláusula de exclusividad en materia contractual constituya una conducta anticompetitiva conforme el artículo 11 numeral 19 de la LORCPM, ésta debe carecer de una debida justificación; empero, en el caso que atañe se desprende que a través de la Ordenanza Metropolitana 119 de 26 de mayo de 2016 y el contrato de concesión se busca reducir gastos públicos por cuanto el MDMQ cuenta con la base técnica que demuestran que debido a la falta de recursos, la necesidad de satisfacer el interés general y por existir mejores mecanismos de financiamiento en el sector privado, se ha optado por delegar de conformidad al procedimiento establecido a PUBLICIDAD SARMIENTO S.A. la ejecución del diseño, construcción, instalación, mantenimiento y conservación de Mobiliario Urbano a

-44-  
Cecilia  
4  
2019

cambio de explotación publicitaria para el Distrito Metropolitano de Quito, estableciendo con claridad el espacio físico en el que el concesionario, deba cumplir con sus obligaciones contractuales; por expuesto se considera que el argumento de los recurrentes carece de fundamento.-

**DÉCIMO.- CONSIDERACIONES ADICIONALES.-** De la revisión y análisis de las constancias procesales del expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-005-2019 se desprende que los apelantes solicitaron a la INICAPMAPR a través de su denuncia de 12 de abril de 2019, que proceda con la emisión de medidas preventivas, situación que se repite a través del escrito de impugnación de la Resolución de 14 de junio de 2019 a las 17h10, por medio del cual los recurrentes solicitan a esta Autoridad, entre otras cosas, que *"Se admita la denuncia, se dicten las medidas preventivas que correspondan y se de apertura a la investigación en el (sic) contra del denunciado, como son la suspensión. Se remita a la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado a fin de que conozca, tramite, adopte y dicte las medidas preventivas solicitadas en contra del denunciado con carácter urgente (...)"*; frente a este requerimiento, es necesario precisar que de conformidad con el artículo 62 de la LORCPM: *"El órgano de sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de 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"* (el resaltado me pertenece). Es decir, que la solicitud para la adopción de Medidas Preventivas, deben ser dirigidas directamente a la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI), la Intendencia no puede fungir como intermediaria entre el operador económico interesado y el órgano de sustanciación, en el cual recae la competencia para tramitar dicha solicitud, situación que fue debidamente advertida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado (INICAPMAPR) mediante providencia de 26 de abril de 2019 que puso en conocimiento de los denunciados de manera oportuna lo siguiente: *"(...) TERCERO: En atención a la solicitud de medidas preventivas solicitadas en el escrito de denuncia se indica a los solicitantes que el procedimiento dispuesto para la solicitud de adopción de medidas preventivas planteadas por un particular, se encuentra contemplado en el Art. 65 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativo de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, que manifiesta: "[...] La CRPI, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación hasta antes de emitir la resolución que ponga fin al proceso investigativo sancionador, podrá, a sugerencia de la Intendencia respectiva o pedido de quien hubiere presentado una denuncia adoptar mediante resolución motivada de las medidas preventivas previstas en los artículos 62 de la LORCPM y 73 del RLORCPM [...]", particular que deja señalado a fin de que los denunciados procedan como en Derecho corresponde.*" (resaltado me pertenece). Por otro lado, es menester enfatizar que en el escrito que contiene el Recurso de Apelación los recurrentes pretenden que esta Autoridad conceda pretensiones que por su naturaleza no corresponden atender, puesto que en un inicio solicita que sea esta Autoridad la que emita las medidas preventivas solicitadas en su escrito, y al mismo tiempo, que se remita a la Comisión de Resolución de Primera Instancia para que realice la misma actividad. Bajo esta premisa, el Código Orgánico General de Procesos, norma supletoria, establece en el artículo 145 que: *"Se puede proponer, en una misma demanda, pretensiones diversas siempre que: 1. La o el juzgador sea competente para conocer*

de todas. 2. Las pretensiones no sean contrarias ni incompatibles entre sí. Todas las pretensiones se puedan sustanciar por un mismo procedimiento"; en concordancia con la norma referida, la Ex Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 09 de marzo de 2000 ha manifestado que: "(...) Lo que no puede en caso alguno es proponerse conjuntamente como (...) petitorio pretensiones contrarias ni incompatibles, ya que por ello repugna al principio de congruencia (...)"<sup>2</sup>. Finalmente es importante destacar que, en estrecha armonía con las competencias otorgadas en la Ley, el numeral 11.1 del artículo 11 del Estatuto de Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la SCPM, establece como atribución y producto de la Comisión de Resolución de Primera Instancia la adopción de las medidas preventivas que considere pertinentes a través de la correspondiente resolución. En este sentido, se observa que el pedido y la pretensión de adopción de medidas preventivas no se cumple con ninguno de los requisitos de la norma, dado que el órgano competente para dictar las medidas preventivas es la Comisión de Resolución de Primera a través del procedimiento establecido en el Instructivo de Gestión Procesal Administrativo de la SCPM, y adicionalmente, los recurrentes han interpuesto pretensiones que son opuestas entre sí.-

**DÉCIMO PRIMERO.-** Por todo lo expuesto, existiendo mérito suficiente para resolver, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2 y artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad **RESUELVE: PRIMERO.- NEGAR** el Recurso de Apelación planteado por los señores Wagner Javier Oña González, en calidad de Gerente General del operador económico INDUVALLAS CIA. LTDA., Luis Ricardo Viteri Cevallos, en calidad de Gerente General del operador económico AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A., Sergio Alfredo Pérez Salazar en calidad de Gerente General del operador económico GRANCOMERCIO CIA. LTDA. y Juan Carlos Palacios Andrade, en calidad de Gerente General del operador económico SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A., ingresado en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 15 de julio de 2019 a las 16h28.

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

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

  
**Ab. Belén Arévalo**  
**SECRETARIA AD-HOC**

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Gaceta Judicial No. 3. Serie 17 Publicada en el Registro Oficial el 09 de marzo de 2000.