



INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DEL PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS

Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-007-2020

RESOLUCIÓN

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO. INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DEL PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS.- Quito D.M., 7 de septiembre de 2020 a las 16h15.
VISTOS.- En mi calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de conformidad con la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-0170-2019-A que rige desde el 20 de mayo de 2019, en conocimiento del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-007-2020, y en uso de mis facultades legales y administrativas, emito las siguientes **ORDENES PROCESALES:**

PRIMERA.- Agréguese al expediente y téngase en cuenta el anexo CD, signado con número de trámite ID 169630, en el cual consta los documentos firmados electrónicamente, y que en el momento procesal oportuno fueron agregados al expediente administrativo, dando cumplimiento a lo dispuesto en la disposición segunda, de la resolución No. SCPM-DS-2020-27, de 13 de julio de 2020.

SEGUNDA.- COMPETENCIA: De conformidad con lo establecido en el artículo 213 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con lo ordenado en el artículo 53 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM); lo dispuesto en los artículos 54 y 57 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (RLORCPM); y, artículo 8 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, así como el artículo 10, numeral 1.2.2.3 del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (Resolución No. SCPM-DS-2019-62), se declara la competencia de esta autoridad para dictar la presente Resolución.

TERCERA.- VALIDEZ PROCESAL: Revisado que ha sido el expediente no se encuentran vicios de procedimiento que puedan generar nulidad procesal en esta fase administrativa, por lo que esta autoridad declara su validez procesal.

CUARTA.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES PROCESALES¹

4.1. SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A.

El operador económico SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A., en calidad de denunciante, es una compañía nacional, registra como RUC. 1792279992001, y su actividad económica principal es: “*actividades de publicidad y mercadeo en todas sus manifestaciones*”,

¹ La estructura de la presente resolución observa en lo aplicable el contenido establecido en el artículo 62 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, sin embargo, la denominación de los títulos o su orden ha sido modificado a fin de facilitar su lectura y presentar un marco lógico al lector, situación que no afecta en lo referente al contenido.



registrada dentro del Servicio de Rentas Internas, y dentro de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros: “*Publicidad y mercadeo en todas sus manifestaciones, incluyendo venta de publicidad y alquiler de espacios publicitarios y asesoría comercial y de mercadeo*”; su inicio de actividades es el 29 de septiembre de 2010, representado legalmente por Juan Carlos Palacios Andrade.

4.2. COMPAÑÍA PUBLICIDAD SARMIENTO S.A.

El operador económico COMPAÑÍA PUBLICIDAD SARMIENTO S.A., en calidad de denunciado, es una sucursal extranjera de una compañía argentina, registrada con RUC 1792838630001, y su actividad económica principal es: “*Alquiler de espacios de publicidad en vallas publicitarias, etcétera*”, dentro del Servicio de Rentas Internas, y dentro de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros: “*Publicidad en la vía pública, en todas sus posibilidades y modalidades por medio de letreros, afiches y carteles públicos o privados, letreros, anuncios o cualquier otro tipo de elementos aptos para uso de publicidad exterior o interior*”, su inicio de actividades es el 09 de febrero del 2018, se encuentra representada legalmente por Erick Hinojosa Castro.

4.3. GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO.

El Gobierno Autónomo Descentralizado del Distrito Metropolitano de Quito (GAD DMQ), cuya máxima autoridad es el Dr. Jorge Yunda Machado, en calidad de Alcalde Metropolitano, y para efectos del presente expediente es representado legal y judicialmente por el Ab. Dunker Morales Vela, en calidad de Procurador Metropolitano.

QUINTA.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y ACTUACIONES PROCESALES:

5.1. Mediante denuncia y anexo, suscritos por el Sr. Juan Carlos Palacios Andrade, en calidad de Gerente General y Representante Legal del operador económico SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A., así como de sus abogados patrocinadores Dr. José Rafael Bustamante y Ab. Marco Rubio Valverde, ingresados a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el día 04 de marzo de 2020 a las 13h31 y signados con el número de trámite 158392, se solicitó, se inicie una investigación en contra de COMPAÑÍA PUBLICIDAD SARMIENTO S.A., y el GAD DMQ, por presuntamente haber infringido conductas tipificadas en el artículo 11 numerales 18, 19, 20 y 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Abuso del Poder de Mercado, así como la implementación de una serie de medidas correctivas, a los operadores presuntamente infractores.

5.2. Mediante providencia emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (INICAPMAPR), con fecha 16 de marzo del 2020 a las 11h00, se dispuso suspender el cómputo del término de diez (10) días, establecido en el artículo 60 del RLORCPM, otorgado a esta autoridad para la calificación de la denuncia presentada por el operador económico SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A., en razón de la resolución No. SCPM-DS-2020-14, de 16 de marzo de 2020, suscrita por el Superintendente de Control del Poder de Mercado.

5.3. Con providencia de 08 de julio de 2020 a las 10h00, la INICAPMAPR, ordenó, al amparo de lo dispuesto en la resolución SCPM-DS-2020-26, de 03 de julio de 2020 suscrita por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, reanudar los plazos y términos dentro del presente expediente



investigativo, y por lo tanto, calificar la denuncia ingresada por el operador económico SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A., 04 de marzo de 2020 a las 13h31, y otorgar el término de tres (3) días al denunciante para que la misma sea aclarada y/o completada.

5.4. Por intermedio de escrito y anexo, suscrito por el Dr. José Rafael Bustamante Crespo, abogado patrocinador del operador económico SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A., ingresado a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 09 de julio de 2020 a las 15h43, y signado con el número de trámite ID 164212, el denunciante procedió a aclarar y completar la denuncia, dando cumplimiento a lo dispuesto en providencia de 08 de julio de 2020 a las 10h00.

5.5. En providencia de 14 de julio de 2020 a las 11h15, la Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispuso, avocar conocimiento del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-007-2020, y correr traslado a la COMPAÑÍA PUBLICIDAD SARMIENTO S.A., y, al GAD DMQ, así como también a la Procuraduría General del Estado, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 6 de la Ley de la Procuraduría General del Estado, a fin de que en el término de quince (15) días, contados a partir de la notificación con la mencionada providencia y las actuaciones procesales adjuntas, procedan a remitir sus explicaciones a la denuncia ingresada por el operador económico SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A.

5.6. Por intermedio de la providencia de 16 de julio de 2020 a las 13h00, la INICAPMAPR, ordenó tomar en cuenta la razón de no notificación a la Procuraduría General del Estado, en la dirección Av. Amazonas N39-123 y Arízaga de la ciudad de Quito, y proceder a la notificación en el correo electrónico secretaria_general@pge.gob.ec, a fin de que tenga conocimiento de la denuncia de Servicios Publicitarios Creamedios S.A., en contra de Compañía Publicidad Sarmiento S.A., y, el GAD DMQ, y demás actuaciones procesales, de conformidad con el artículo 6 de la Ley de la Procuraduría General del Estado.

5.7. Por intermedio de escrito y anexo, suscrito conjuntamente entre Ricardo Vladimir Flores Farías, Erick Hinojoza Castro, Apoderados Generales, y, los abogados Fabián Núñez Pinto, Gabriela Núñez, y Elvis Lema Saltos, del operador económico COMPAÑÍA PUBLICIDAD SARMIENTO S.A., ingresados a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 04 de agosto de 2020 a las 12h57, y signado con el número de trámite ID 166315, procedieron a ingresar sus explicaciones a la denuncia formulada por SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A.

5.8. Con escrito suscrito por el Dr. Dunker Morales Vela, Procurador Metropolitano representante legal y judicial del GAD DMQ, ingresado a la ventanilla virtual de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 07 de agosto de 2020 a las 17h50, y signado con el número de trámite ID 166715, procedió a ingresar sus explicaciones a la denuncia formulada por SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A.

5.9. Mediante providencia de 13 de agosto de 2020 a las 15h30, la Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder del Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, ordenó agregar al expediente los escritos ingresados por el operador económico COMPAÑÍA PUBLICIDAD SARMIENTO S.A., y, del GAD DMQ, con los cuales presentaron sus explicaciones a la denuncia de SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A., y subsecuentemente con fundamento en la



resolución SCPM-DS-2020-31 de 12 de agosto de 2020, suscrita por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, dispuso suspender el cómputo de los plazos y términos dentro del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-007-2020, y por lo tanto, el término de diez (10) días, estipulados en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, para que la autoridad se pronuncie sobre el inicio de una investigación o archivo de la misma, dentro del presente expediente quedaron suspendidos.

5.10. Con providencia de 27 de agosto de 2020 a las 10h30, la INICAPMAPR, de conformidad con la resolución No. SCPM-DS-2020-32, de 26 de agosto de 2020, dispuso levantar la suspensión de los plazos y términos dentro del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-007-2020, y por tanto reanudar el cómputo del término de diez (10) días, estipulados en el artículo 56 de la LORCPM, para que la autoridad se pronuncie sobre el inicio de una investigación o archivo de la misma dentro del presente expediente.

SEXTA.- BASE NORMATIVA QUE AMPARA LA RESOLUCIÓN: Con base en la descripción de los hechos contenidos en el presente procedimiento es pertinente enunciar las normas constitucionales y legales que guardan relación con lo descrito, es así que:

6.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR:

6.1.1. *“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. 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. [...]. 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados (...)”.*

6.1.2. *“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.”*

6.1.3. *“Art. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley.”*

6.1.4. *“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”*



6.2.- LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO (LORCPM):

6.2.1. “Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”.

6.2.2. “Art. 2.- Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional [...]”.

6.2.3. “Art. 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general. En particular, las siguientes conductas, constituyen acuerdos y prácticas prohibidas: (...) 18. Levantar barreras de entrada y/o salida en un mercado relevante. 19. Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados. 20. Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica. 21. Los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se puedan dar en las compras públicas que direccionen y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos (...)”.

6.3. REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO:

6.3.1. “Art. 1.- Objeto.- El presente reglamento tiene por objeto establecer las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que en lo sucesivo se denominará la Ley.”

6.3.2. “Art. 4.- Criterio general de evaluación.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios”.

6.3.3. “Art. 54.- Inicio del procedimiento.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley, el procedimiento se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, o por denuncia”.



6.3.4. **“Art. 57.- Inicio del procedimiento por denuncia.-** La denuncia podrá ser formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo”.

6.4.- INSTRUCTIVO DE GESTIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA DE LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO (Resolución SCPM-DS-12-2017 reformado mediante resolución SCPM-DS-2020-20, de 04 de mayo de 2020):

6.4.1. **“Art. 1.- ÁMBITO DE APLICACIÓN.-** El presente Instructivo rige para la gestión procesal en los procedimientos administrativos sancionadores, estudios de mercado en materia de competencia, informes especiales; y, de control de concentraciones, que realiza la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en el ámbito de sus atribuciones”.

6.4.2. **“Art. 8.- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR INICIADO POR DENUNCIA.-** La denuncia será ingresada en la Secretaría General o ante su delegado en la Intendencia Regional, quién mediante el Sistema de Gestión Procesal de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, remitirá a la Intendencia General Técnica para que esta a su vez, direcciona al órgano de investigación competente a fin de que en el término de diez (10) días abra un expediente, avoque conocimiento y califique la denuncia. Realizada la calificación pueden presentarse los siguientes casos: a) Si la denuncia cumple con los requisitos previstos en el artículo 54 de la Ley, el órgano de investigación competente procederá a correr traslado al presunto o presuntos responsables con la denuncia para que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación, presenten las explicaciones que consideren necesarias, las mismas que serán ingresadas en la Secretaría General o ante su delegado en la Intendencia Regional, quien remitirá a la Intendencia respectiva. Fenecido el término para la presentación de explicaciones, el órgano de investigación competente, en el término de diez (10) días, procederá a pronunciarse mediante resolución motivada respecto del inicio del procedimiento de investigación o del archivo de la denuncia. b) Si la denuncia no cumple con los requisitos del artículo 54 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el órgano de investigación competente notificará al denunciante para que en el término de tres (3) días la aclare o complete, si no lo hiciera en dicho término, el órgano de investigación respectivo ordenará el archivo de la denuncia sin más trámite y se la tendrá por desistida. En caso de ser aclarada o completada el órgano de investigación competente continuará el procedimiento establecido en la letra anterior.

“Disposición Transitoria Primera.- Los procedimientos y los recursos administrativos que hayan sido presentados antes de la publicación de este Instructivo en el Registro Oficial y sobre los cuales los órganos competentes no hayan avocado conocimiento, se tramitarán conforme las disposiciones aquí contenidas”.

SÉPTIMA.- DE LA DENUNCIA PRESENTADA POR SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A.

7.1. Del contenido de la denuncia de SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A.

Mediante Resolución No. 013 de 24 de mayo de 2017, el entonces alcalde del Distrito Metropolitano de Quito, Mauricio Rodas, delegó al Secretario de Territorio, Hábitat y Vivienda (en adelante, “STHV”) para que lleve a cabo el proceso de contratación para la *“Concesión del diseño, construcción, instalación, mantenimiento y conservación del mobiliario urbano a cambio de explotación publicitaria para el Distrito Metropolitano de Quito”*.



Mediante resolución No. STHV-CMPU-004-2017 de 28 de diciembre de 2017 se adjudicó a la Compañía Publicidad Sarmiento S.A., el contrato de “*Concesión del diseño, construcción, instalación, mantenimiento y conservación del mobiliario urbano a cambio de explotación publicitaria para el Distrito Metropolitano de Quito*” por un plazo de 10 años a partir de la firma del contrato y con un canon de concesión anual de USD 1.267.126.

El 11 de abril de 2018, ante la Notaría Octogésima Quinta del cantón de Quito, se elevó a escritura pública el contrato celebrado entre el GAD DMQ y la COMPAÑÍA PUBLICIDAD SARMIENTO, dos cláusulas se alegan por el denunciante de especial preocupación, ya que generarían un presunto cierre del mercado que elimina la competencia actual y potencial en este segmento, las cuales se transcriben a continuación:

“CLAUSULA DÉCIMA CUARTA.- CONDICIONES DE LA EXPLOTACIÓN:

[...] 14.2.2. EL CONCEDENTE garantiza al CONCESIONARIO la exclusividad de la explotación publicitaria para mantener el equilibrio económico-financiero del Contrato; para lo cual el CONCEDENTE se compromete, entre otros aspectos, pero sin limitarse, a lo siguiente:

(...) c) *Retirar los elementos publicitarios existentes en el territorio de la Concesión que no cuenten con permisos necesarios, en cumplimiento de las disposiciones de la Ordenanza Metropolitana No.119 [...]”²*

“CLAUSULA DECIMA SÉPTIMA.- EQUILIBRIO ECONÓMICO:

[...] 17.3.- En el caso de incumplimiento de la obligación del CONCEDENTE del retiro de la publicidad exterior fija que no cuente con la respectiva licencia metropolitana urbanística (LMU-41), se entenderá afectado el equilibrio económico del Contrato. Si una vez transcurridos quince (15) meses desde la fecha de suscripción del Contrato, el CONCEDENTE no ha logrado retirar la totalidad de la publicidad ilegal instalada mediante los soportes arriba descritos, el CONCEDENTE deberá restablecer el equilibrio económico mediante un descuento proporcional del Canon de la Concesión conforme a la siguiente tabla [...]”.

En este caso, las conductas denunciadas corresponden a un presunto acuerdo restrictivo a la competencia suscrito entre el GAD DMQ, sujeto de derecho público, con las prerrogativas que la ley confiere a este tipo de entidades; y, una empresa de derecho privado.

7.1.1 De las conductas denunciadas

Servicios Publicitarios Creamedios S.A., alega que el presunto acuerdo ilegal suscrito entre el GAD DMQ y la COMPAÑÍA PUBLICIDAD SARMIENTO se encuentra prohibido de acuerdo con las disposiciones del artículo 11 numerales 18, 19, 20 y 21 de la LORCPM.

- a. **Artículo 11, numeral 19.- Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados.**

Sobre la presunta existencia de esta conducta el denunciante, argumentó: “[...] *En este caso, la exclusividad acordada entre el Municipio de Quito y Sarmiento tiene como objeto impedir y restringir el acceso de otros competidores al mercado de publicidad en espacio público, pero además tiene un*

² Anexo 1, del escrito de Denuncia de Servicios Publicitarios Creamedios.



*claro efecto del cierre de mercado no solo en el segmento de publicidad en el espacio público donde el Municipio delegó este monopolio a una empresa privada, pero en mercados conexos”.*³

- b. Artículo 11, numeral 20.- Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferente a la eficiencia económica; y, artículo 11, numeral 18.- levantar barreras de entrada y/o salida en un mercado relevante.**

En el escrito presentado por el denunciante, señaló que aparte de la barrera de entrada que constituye el contrato, al establecer una presunta exclusividad, la emisión del oficio No. STHV-DMGT-2018-0116 emitido por la STHV, manifiesta que, se encuentran suspendidas la emisión de Licencia Metropolitanas Urbanísticas, por lo que la falta de emisión de dichas licencias, coloca a los competidores de Publicidad Sarmiento en una desventaja absoluta.

Adicionalmente el denunciante señala que, la distorsión generada por el contrato implica que el resto de los operadores económicos no puedan operar ni brindar sus servicios, o que, si deciden operar, se exponen a la imposición de cuantiosas multas. En ambos casos, el efecto es que los operadores económicos competidores no puedan ejercer su actividad y se vean desplazados.

- c. Artículo 11, numeral 21.- Los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se puedan dar en las compras públicas que direccionen y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos.**

Sobre esta conducta en resumen el denunciante alegó que, *“la intención anticompetitiva de la cual es objeto el contrato de concesión, se demuestra por el intento fallido del GAD DMQ de emitir pliegos contractuales y su posterior modificación al momento de la adjudicación al ganador del concurso, Publicidad Sarmiento, con lo que se demostraría la ilicitud del acuerdo por su objeto, con independencia de que éste además genera afectaciones actuales al mercado”.*

7.1.2 Del mercado y su afectación

El mercado definido por parte del denunciante es el *“mercado de explotación publicitaria en espacio público”.*

En cuanto a la afectación al mercado, el denunciante manifiesta que, *“las conductas denunciadas se estarían produciendo en un segmento donde el Municipio ha concesionado y subsidiado la operación de una empresa privada con recursos y fondos públicos”*⁴.

El denunciante, respecto de la exclusividad estipulada en el contrato expresa que, *“Esta exclusividad, por un periodo de tiempo de 10 años, dicho sea de paso, con cánones de ocupación reducidos de forma ilegal, no cuenta con ninguna justificación económica ni técnica como ya ha establecido el Informe del Procurador del Estado. Esto implica que el Municipio de Quito, y, por lo tanto sus habitantes, se ven perjudicados por un contrato con una duración en extremo prolongada, que confiere un*

³ Escrito de Denuncia de Servicios Publicitarios Creamedios, numeral 19.

⁴ Escrito de Denuncia de Servicios Publicitarios Creamedios, numeral 103.



monopolio incontestable con la consecuente eliminación de la competencia en el mercado de ocupación de espacios públicos y mercado conexos”⁵.

Por lo que, el denunciante considera que, *“el acuerdo ilegal motivo de esta denuncia no solo tiene repercusiones en el área de exclusión otorgadas por la concesión. Como hemos explicado, las disposiciones contractuales afectan territorios a 200 metros a la redonda de los elementos colocados por SARMIENTO a su sola discreción. Adicionalmente, los descuentos subsidiados en los cánones de ocupación crean una distorsión artificial entre los mercados públicos y privados que convierte a la operación en el mercado privado en extremo costosa frente al mercado en espacio público. Mientras que para las empresas de publicidad exterior las distancias no son lineales sino radiales, es decir, limitando aún más la presencia de medios en el Distrito”⁶.*

7.1.3. Elementos de prueba que fundamentan la denuncia

En la denuncia se adjunta como elementos de prueba, los siguientes:

- Prueba 1. Copias certificadas del contrato de Concesión del diseño, construcción, instalación, mantenimiento y conservación del mobiliario urbano a cambio de explotación publicitaria para el Distrito Metropolitano de Quito.
- Prueba 2. Copias simples del Informe de la Procuraduría General del Estado en informe del Control Legal al Concurso Público No. MDMQ-STHV-001-2017.
- Prueba 3. Copia simples del juicio No. 17371201901630.

7.2. De la aclaración y completación a la denuncia

El denunciante en virtud de la providencia de 08 de julio de 2020 a las 10h00, procedió a aclarar y completar su denuncia conforme lo solicitado por parte de la INICAPMAPR, con base a lo establecido en el artículo 54 de la LORCPM, en los siguientes términos:

a. De las conductas establecidas con los numerales 18 y 20 del artículo 11 de la LORCPM.

Sobre la aclaración solicitada por esta autoridad, el denunciante en síntesis señaló, que, la negativa del Municipio de Quito a través de la STHV, es solo otra de las aristas del acuerdo presuntamente ilegal materia de la denuncia, cuyos efectos para este apartado son el de generar barreras de entrada de tipo legal al negar de forma arbitraria la emisión de la licencias mencionadas.

El denunciante de igual forma señala que el contrato ha sido suscrito *“(…) en ausencia total y absoluta de disposiciones constitucionales y legales, al vulnerar principios como igualdad frente a la ley”⁷.*

b. Sobre la temporalidad de la infracción

Sobre la temporalidad de las conductas se establece que rigen desde el 11 de abril de 2018, hasta la actualidad, toda vez que el contrato objeto de la denuncia mantiene su vigencia y en consecuencia sus efectos dañinos al mercado persisten.

⁵ Escrito de Denuncia de Servicios Publicitarios Creamedios, numeral 104.

⁶ Escrito de Denuncia de Servicios Publicitarios Creamedios, numeral 105.

⁷ Escrito de Aclaración y Completación de la denuncia presentada por Servicios Publicitarios Creamedios, Página 3.



c. Sobre las características de los bienes o servicios de la conducta denunciada.

El denunciante aclaró que, los bienes o servicios de la conducta denunciada son, la ocupación en espacio público para la colocación de elementos de publicidad.

OCTAVA.- DE LA VALORACIÓN DE LAS EXPLICACIONES:

8.1. EXPLICACIONES PRESENTADAS POR LA COMPAÑÍA PUBLICIDAD SARMIENTO

S.A.- El denunciado, ingresó sus explicaciones el 04 de agosto de 2020 a las 12h57, con trámite número ID 166315, dentro del término legal establecido en el artículo 55 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, por lo cual esta autoridad procede a valorar las mismas.

a. Antecedente sobre el concurso público MDMQ-STHV-001-2017 para la “Concesión de diseño, construcción, instalación, mantenimiento y conservación de mobiliario urbano a cambio de explotación publicitaria para el distrito metropolitano de Quito”.

En resumen el denunciado en el acápite 1.8 de su escrito, respecto al concurso público MDMQ-STHV-001-2017, manifiesta lo siguiente: “(...) *no ha incumplido, ninguna etapa del contrato materia de análisis, ni ha infringido disposición alguna de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado como, en forma equivocada, sin fundamento afirma CREAMEDIOS S.A.*”.⁸

Adicionalmente aclara que el objeto del contrato suscrito con el GAD DMQ, es “*la concesión para el diseño, construcción, instalación, mantenimiento y conservación de Mobiliario Urbano a cambio de explotación publicitaria de cuatrocientas catorce paradas en el Distrito Metropolitano de Quito, con una inversión privada de más de diez millones de dólares de los Estados Unidos de América por el plazo de diez años, lo cual beneficia diariamente a doscientas cincuenta mil (250.000) personas, aproximadamente, que ya están utilizando las paradas de buses correcta y debidamente instaladas*”.⁹

b. Sobre la conducta denunciada y su eminencia

En respuesta a las alegaciones planteadas por parte de Servicios Publicitarios Creamedios S.A., el denunciado señala que el “*contrato en mención, se ejecuta sobre el espacio público de dominio público más no sobre el espacio público de dominio privado, mismo que obedece a un espacio ajeno e indiferente para la concesión en mención, por lo cual el proceso económico no se ve mermado por cuanto la aplicación del mismo obedece a un espacio delimitado para la ejecución del mismo y no corresponde en ningún momento el espacio público privado donde se ejecuta la actividad económica del operador económico CREAMEDIOS S.A.*”.¹⁰

c. Respecto de las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como los bienes supuestamente afectados.

En la sección 4 del escrito de explicaciones de PUBLICIDAD SARMIENTO, el operador alega en su defensa que, el espacio para la publicidad comprende “*espacio público de dominio público*” más no sobre el “*espacio público de dominio privado*”, mismo que en su haber no tiene injerencia en la concesión.

⁸ Escrito de Explicaciones presentado por Publicidad Sarmiento, signado con el número de trámite 166315. Página 2.

⁹ Escrito de Explicaciones presentado por Publicidad Sarmiento, signado con el número de trámite 166315. Páginas 2 y 3.

¹⁰ Escrito de Explicaciones presentado por Publicidad Sarmiento, signado con el número de trámite 166315. Página 4.



Respecto del contrato, el denunciado explica que el “(...) contrato de concesión requiere una contraprestación por parte de la autoridad, que en este caso específico es la explotación publicitaria en espacio de dominio público por el plazo contractual. Existe además señor Intendente, la obligación de un pago anual del CANON DE CONCESIÓN cuyo valor es bastante más oneroso que los que deben cancelar las compañías de publicidad exterior, y que fue determinado en el Concurso Público”¹¹.

d. Al respecto de las observaciones sobre el contrato MDMQ-STHV-001-2017 por parte de Compañía Publicidad Sarmiento S.A.

En síntesis, al referirse al desarrollo del proceso contractual el denunciado señaló que, la convocatoria a Concurso Público para la “Concesión del Diseño, Construcción, Instalación, Mantenimiento y Conservación de Mobiliario Urbano a Cambio de Explotación Publicitaria del Distrito Metropolitano de Quito”, la cual siguió el “procedimiento público normal del cual de forma legal, lícita, legítima y moral y de libre participación Publicidad Sarmiento S.A., participó. No existe norma alguna en el marco de este concurso que restrinja, limite o coercione la posibilidad de que cualquiera de los denunciados participe de este proceso”.¹²

Adicionalmente el denunciado establece que, el Municipio se limita a “garantizar la exclusividad en los espacios que están bajo su órbita, es decir, el espacio público de dominio público”, y que por ende “el contrato no contiene restricción alguna a que se exhiba publicidad en elementos ubicados en espacio público de dominio privado en competencia con los espacios que ofrece mi mandante. Es evidente que el derecho que se garantiza a Sarmiento en nada afecta a la actividad de los aquí denunciados u otros actores del mercado [...]”.¹³

8.2. EXPLICACIONES PRESENTADAS POR EL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO.

El denunciado, ingresó sus explicaciones el 07 de agosto de 2020 a las 17h50, con trámite número ID 166715, dentro del término legal establecido en el artículo 55 de LORCPM, por lo cual esta autoridad procede a valorar las mismas.

De manera general, el denunciado señala que, las explicaciones se presentan desde dos aristas generales: (i) parten del presupuesto necesario de que el GAD DMQ no es un operador económico en el mercado relevante; por el contrario, ha actuado, en relación con los hechos que propone la Tercera Denuncia¹⁴, en ejercicio de potestades públicas; y, (ii) no implican ni pueden entenderse como renuncia, tolerancia o indulgencia del GAD DMQ respecto de eventuales incumplimientos o desvíos de parte de Sarmiento a sus obligaciones derivadas del Contrato suscrito entre las partes o, en general, al ejercicio de las acciones previstas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano relacionadas con el Contrato.

¹¹ Escrito de Explicaciones presentado por Publicidad Sarmiento, signado con el número de trámite 166315. Página 8

¹² Escrito de Explicaciones presentado por Publicidad Sarmiento, signado con el número de trámite 166315. Página 5.

¹³ Escrito de Explicaciones presentado por Publicidad Sarmiento, signado con el número de trámite 166315. Página 7.

¹⁴ De los archivos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado se constata que existen dos expedientes de investigación anteriores a la presente denuncia, y cuyo estado procesal constan como archivados. El primer expediente es el No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-0013-2018, cuyas partes procesales constan el GAD DMQ y Publicidad Sarmiento en calidad de denunciados. El segundo expediente es el No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-0005-2019, cuyas partes procesales son de igual forma el GAD DMQ y Publicidad Sarmiento.



8.2.1 En todo lo relacionado al Contrato, el GAD DMQ no actuó como operador económico y, por tanto, no está sujeto a la LORCPM.

a. La LORCPM aplica solamente a los operadores económicos

El denunciado argumenta que, para analizar si una conducta está sujeta a la LORCPM consiste en determinar si el sujeto investigado actúa como operador económico. Las conductas realizadas por quien no tenga la calidad de operador económico no pueden ser analizadas bajo la normativa de competencia, sin perjuicio de que puedan ser examinadas por otras ramas del ordenamiento jurídico, como la normativa de contratación pública o, la que fuere aplicable al caso concreto. En este caso, si el sujeto del procedimiento administrativo sancionador, no actuó como operador económico la SCPM carece de competencia y, por tanto, no es aplicable la LORCPM ni el RLORCPM.

b. Las actividades realizadas en el ejercicio privativo de una competencia pública no son actividades económicas.

El denunciante señala que “(...) La LORCPM, podría aplicar a las entidades públicas cuando realizan actividades económicas. Sin embargo, cuando una entidad pública lleva a cabo una actividad propia de sus competencias y potestades, la jurisprudencia y el derecho comparados son unánimes en sostener que no se está frente a una actividad económica. Por lo tanto, cuando un ente público ejerce una potestad de imperium, que se explica por su calidad de persona del sector público, necesariamente se sigue que no se está en presencia de un operador económico”.¹⁵

Uno de los argumentos centrales de la GAD DMQ, se refiere a que el ejercicio de una competencia pública establecida en la Ley, no puede ser entendida como una actividad económica, por lo tanto, excede del marco de aplicación establecido en la LORCPM.

c. Al imponer sanciones (multas) a quienes pautan publicidad sin la licencia correspondiente, el GAD DMQ ejerce una actividad propia de una entidad pública: no actúa como operador económico.

Sobre este argumento, el Municipio de Quito, señaló que, “la potestad de control y sanción, manifestada en la imposición de sanciones –por ejemplo, a través de multas- a quienes incumplen el régimen municipal o metropolitano, es típica y exclusiva de entes públicos determinados, como el GAD DMQ. Bajo ningún concepto puede considerarse que la imposición de una sanción, en ejercicio de potestades de control y sanción, constituye una actividad económica que puede ser sometida al escrutinio de la normativa de competencia. Por lo tanto, al imponer las sanciones, el GAD DMQ no actúa como operador económico”.¹⁶

8.2.2 En subsidio, la SCPM no es competente para conocer asuntos relacionados con la Tercera Denuncia.

El Municipio de Quito, sobre esta acusación textualmente establece que: “La Denunciante pretende que la SCPM, en el fondo, se pronuncie sobre la supuesta violación del procedimiento administrativo sancionador establecido en Código Municipal, con ocasión de las sanciones –multas- que se le habría

¹⁵ Escrito de explicaciones del GAD DMQ, signado con el número de trámite 166715, sección 58.

¹⁶ Escrito de explicaciones del GAD DMQ, signado con el número de trámite 166715, sección 67.



*impuesto por mantener publicidad sin la autorización administrativa correspondiente la LMU-41, esto es, publicidad irregular. Es decir, pretenden que la SCPM realice un control de legalidad de las resoluciones que establecen las sanciones respectivas. La autoridad competente para conocer y resolver eventuales violaciones al debido procedimiento administrativo, le corresponden, en general, a la jurisdicción contencioso administrativa”.*¹⁷

Resumiendo lo antes expuesto, el GAD DMQ señala que el control de legalidad del contrato de concesión y la presunta violación del procedimiento administrativo, no se encuentra dentro de las facultades de la SCPM.

8.2.3 En subsidio, las conductas descritas en la Tercera Denuncia no constituyen ni confieren un <monopolio> a Sarmiento.

El GAD DMQ no participa ni tiene poder de mercado en el mercado de publicidad en el DMQ. Sobre este argumento de defensa, en síntesis se menciona que para que, el GAD DMQ tenga poder de mercado, el mismo debería operar en el mercado relevante y tener una cuota significativa del mercado, pero no la tiene, porque no ha actuado como operador económico, sino en ejercicio de potestades y atribuciones previstas en la Constitución y la Ley.

Adicionalmente, el denunciado señala, que en este concurso la Denunciante no participó, y por tanto no podía ser adjudicataria del Contrato porque no podía ofrecer las mismas condiciones que Publicidad Sarmiento. Por lo tanto, la imposibilidad que tuvo la Denunciante de que le fuera adjudicado el Contrato obedecería a su falta de competitividad y eficiencia más no a una conducta anticompetitiva del GAD DMQ.

El denunciado continúa con sus explicaciones, manifestando que, “(...) en lo que al Derecho de la competencia interesa, el hecho de que se haya adjudicado el Contrato a un solo operador, se justificará en su racionalidad económica (economic rationale): el operador Sarmiento era el que mayor y mejor capacidad instalada presentab[a] (sic) para poder generar eficiencias, expresadas en ahorros de costos y de gestión”.¹⁸

8.2.4 En subsidio, las conductas descritas en la denuncia no constituyen una práctica o acuerdo restrictivo.

La defensa planteada por el denunciado se la puede resumir en que, “la exclusividad conferida en el Contrato, dentro del espacio de dominio público y «el territorio de la concesión», bajo sus limitaciones espaciales, temporales y materiales no confiere, en lo que atañe al Derecho de la competencia, ninguna «exclusividad monopólica». En este sentido, los operadores del mercado de publicidad fija exterior, por fuera del «territorio de la concesión», pueden solicitar y obtener la LMU-41 que les autorice, legalmente, a ejercer su actividad económica dentro del espacio de dominio público. En relación con el espacio de dominio privado no existe ninguna limitación legal o material, además de la obtención de la LMU-41, que constituya una barrera de entrada al mercado correspondiente”¹⁹.

¹⁷ Escrito de explicaciones del GAD DMQ, signado con el número de trámite 166715. Sección 77.

¹⁸ Escrito de explicaciones del GAD DMQ, signado con el número de trámite 166715. Sección 82.

¹⁹ Escrito de explicaciones del GAD DMQ, signado con el número de trámite 166715. Sección 93.



El Municipio establece que, la exclusividad prevista en el contrato no confiere una posición monopólica dentro del mercado en cuestión, dado que los otros operadores pueden gestionar la obtención de la licencia No. LMU-41, observando el procedimiento legal correspondiente.

En lo que concierne a la cláusula del equilibrio económico pactada en el Contrato, el GAD DMQ señala, que el contenido y aplicación de la cláusula décimo séptima del Contrato, es un asunto de ejecución contractual que se encuentra fuera del marco de atribuciones que por ley le corresponden a la SCPM, dado que no constituye una subvención o ventaja ilegal, ni, en general, distorsiona, restringe o limita la competencia en el mercado.

Finalmente el denunciado señala que, una práctica restrictiva, prevista en el art. 11 de la LORCPM, está exenta de la prohibición si reúne los requisitos el art. 12 *ibídem*, y lo expresa de la siguiente manera:

“En este caso, sin allanarnos a ninguna de las alegaciones de la Tercera Denuncia, el Contrato, en lo que atañe al Derecho de la competencia, reúne los requisitos previstos en el art. 12 de la LORCPM. En este sentido, el Contrato:

- (a) Permite a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas. En términos de bienestar general, todos los ciudadanos del DMQ, pueden acceder, de forma equitativa, a las ventajas de usar un mobiliario urbano moderno y de calidad en las paradas de transporte convencional de pasajeros (buses). Por ende, la ventaja, de participación equitativa, se traduce en términos de bienestar general para los ciudadanos del DMQ y, por tanto, constituye una mejora cualitativa;*
- (b) No impone restricciones más allá de aquellas que resulten indispensables para la consecución de aquellos objetivos. Conviene precisar que las mejoras cualitativas que generaría el Contrato, en términos de bienestar de los ciudadanos del DMQ -al disponer de mobiliario urbano de calidad-, no se producirían sin él; y,*
- (c) No otorga al operador económico Sarmiento la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los servicios que presta. En efecto, en relación con la provisión de mobiliario urbano y su contraprestación a través publicidad, Sarmiento no tiene la posibilidad de eliminar la competencia en el mercado. La propia SCPM ha establecido, en el Informe de la INICAPMAPR, que la exclusividad concedida «no constituye en sí misma una exclusión ilegal al resto de operadores económicos», por cuanto afecta al 11% del mobiliario urbano de transporte. Además, la exclusividad pactada estaría limitada al «espacio de dominio público» en el «territorio de la concesión», dentro de un polígono específico previsto en el Contrato y no se extendería a todo el DMQ. Finalmente, queda abierta la alternativa de explotar publicidad en espacios de titularidad privada y, de ser el caso, en los espacios de dominio público, fuera del territorio de la concesión, con la LMU-41 correspondiente”.*²⁰

Por lo expuesto el denunciado, señala que en lo que al Derecho de la competencia interesa, el Contrato cumpliría las tres condiciones del art. 12 de la LORCPM.

NOVENA.- DEL ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA:

9.1. De la determinación del mercado analizado

De conformidad con los antecedentes de hecho y derecho aportados por las partes procesales, se establece que el mercado en el cual presuntamente se habrían configurado conductas anticompetitivas, es el contrato denominado “*Concesión del diseño, construcción, instalación, mantenimiento y*

²⁰ Escrito de explicaciones del GAD DMQ, signado con el número de trámite 166715. sección 128.



conservación del mobiliario urbano a cambio de explotación publicitaria para el Distrito Metropolitano de Quito” celebrado entre el GAD DMQ y la COMPAÑÍA PUBLICIDAD SARMIENTO, y suscrito el 11 de abril de 2018, ante la Notaría Octogésima Quinta del cantón de Quito.

El contrato de concesión en su cláusula cuarta referente al objeto, estipula lo siguiente: “*El objeto del presente contrato la Concesión del diseño, construcción, instalación, mantenimiento y conservación del Mobiliario Urbano a cambio de explotación publicitaria para el Distrito Metropolitano de Quito*”. En lo referente a la explotación, el contrato en su cláusula décimo cuarta, señala los aspectos y condiciones para explotar *la publicidad en el espacio público de dominio público en el territorio de Concesión* definido en el contrato.

En atención al escrito de aclaración y completación remitido por SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A., el marco temporal de la conducta sería desde la fecha de suscripción del contrato, el 11 de abril de 2018 hasta la actualidad, al alegar que los efectos continúan produciéndose en el mercado.

9.2. De las conductas denunciadas

El operador económico SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A., en su escrito de denuncia señaló: “*(...) el acuerdo ilegal suscrito entre el Municipio de Quito y la empresa Sarmiento se encuentra prohibido de acuerdo a las disposiciones del artículo 11, numerales 18, 19, 20 y 21 de la LORCPM*”.

En el derecho de competencia se encuentran prohibidas las denominadas conductas colusorias (cualquier tipo de pacto contrario a la libre competencia), entendidas como:

“Las actuaciones más perjudiciales para la libre competencia son aquellas conductas o prácticas mediante las cuales varias empresas se ponen de acuerdo o actúan coordinadamente para no competir o para restringir en algún modo la competencia entre ellas. A este conjunto de conductas se las conoce como <colusorias>”²¹.

Nuestra legislación, ha prescrito la prohibición de los acuerdos y prácticas prohibidas, en el artículo 11 de LORCPM, conforme se señala a continuación:

*“Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por **dos o más operadores económicos**, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general”.*

De la redacción del artículo precedente se establece que existen tres (3) requisitos *sine qua non*, para la configuración de un acuerdo colusorio y que por tanto amerita su análisis, estos son: (i) existencia de dos o más operadores económicos conforme los parámetros señalados en el artículo 2 de la LORCPM; (ii) el acuerdo tenga como objeto o efecto, real o potencial, que la competencia se vea impedida, restringida o falseada, o afecte a otros bienes jurídicos protegidos por la LORCPM; y, (iii) que la eventual

²¹ Juan Signes, Isabel Fernández y Mónica Fuentes. *Derecho de la Competencia*. (Madrid: Arazandi, 2013), 105.



restricción a la competencia haya o pueda producir efectos en el mercado nacional²², por lo que la inexistencia de uno de los elementos, deviene en que no se configure una conducta anticompetitiva a la luz del artículo 11 de la LORCPM.

En dicho sentido, previo al análisis de las supuestas conductas prohibitivas, corresponde a esta Autoridad, examinar la naturaleza jurídica de los presuntos responsables y el alcance de las normas de competencia.

9.3. De la determinación de operador económico

El artículo 2 establece el ámbito de aplicación de la LORCPM, que en su parte pertinente prescribe: *“Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional (...)”*. (Énfasis añadido).

La LORCPM manda que serán sujetos de control por parte de la SCPM, únicamente los operadores económicos, siempre y cuando, cumplan los requisitos establecidos en el artículo 2 de la norma *ibidem*, dado que uno de los sujetos denunciados es el GAD DMQ, es necesario analizar si esta persona jurídica de derecho público, en el caso en cuestión, actúa o no en calidad de operador económico.

En aplicación del mandato constitucional establecido en el artículo 76 numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, todas las resoluciones judiciales y administrativas deberán ser motivadas, como elemento de control y de racionalidad de la administración. Considerando la falta de desarrollo jurisprudencial en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en materia de derecho de competencia, y con el fin de motivar de forma correcta la presente resolución, se tomará como referencia doctrina y jurisprudencia internacional para explicar el concepto de “operador económico” establecido en el artículo 2 de la LORCPM.

De forma particular, se recurrirá al derecho de la competencia de la Unión Europea, al presentar un tratamiento análogo a los “Acuerdos y Prácticas Restrictivas”, tal como se ha mencionado por parte de la SCPM en casos semejantes.²³

²² *Ibidem*, 105, 106.

²³ La LORCPM tiene un gran influjo del derecho de la competencia de la Unión Europea, muestra de ello es el artículo 11 en el cual se establece que los acuerdos restrictivos de la competencia serán analizados bajo una clasificación de objeto y efecto, siendo esta clasificación una institución jurídica propia del Derecho de la Competencia de la Unión Europea. Este punto fue recogido por la Comisión de Resolución de Primera Instancia en el expediente No. SCPM-CRPI-2015-019, al manifestar: *“La LORCPM claramente tiene su inspiración en el Ordenamiento Jurídico de la Unión Europea. La Sección 3, “Acuerdos y Prácticas Restrictivas”, aplica un esquema análogo al contenido en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”* (en adelante “TFUE”). *Si bien ninguna de las dos normativas adopta las reglas Per Se y de la razón, si soportan su andamiaje en lo siguiente: i) de manera general la prohibición amparada en la dicotomía “objeto - efecto”, que contiene un listado de conductas que el legislador consideró claramente como prohibidas (Art. II de la LORCIXI); y, ii) una norma de excepción para moderar la dureza del esquema general de prohibición, amparada en los efectos pro competitivos de las conductas (Art. 12 de la LORCPM)”*. (Apartado 209). La resolución del expediente No. SCPM-CRPI-2015-019 del cual se recoge el apartado 209, se fundamentó en gran medida en la Resolución emitida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, de 05 de julio de 2019, notificada a la CRPI el 08 de julio de 2019.



La Unión Europea señala que se estará frente a un operador económico^{24,25} cuando se cumplan los siguientes presupuestos: (i) cualquier entidad que ejerza una actividad económica²⁶ con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación y, por otro lado, que, (ii) la actividad *in quaestio* sea llevada a cabo de forma autónoma²⁷.

A *prima facie* se observa que uno de los sujetos investigados es el GAD DMQ, por lo que surge como primera cuestión jurídica el establecer si realiza o no una actividad económica.

De manera que, corresponde realizar la siguiente pregunta: **¿El GAD DMQ actuó en virtud de sus potestades administrativas o en su defecto, como consecuencia del ejercicio de una actividad económica?**

Tal y como reposa en el contenido de la denuncia, así como de las pruebas aportadas por el denunciante, el GAD DMQ adjudicó por concurso público el 28 de diciembre del 2017 a la compañía Publicidad Sarmiento S.A., el denominado “*contrato de concesión*”, en virtud de la Resolución No. 013 de 24 de mayo del 2017, por la cual, el GAD DMQ a través de la STHV, delegó el proceso de contratación para la concesión del “*diseño, construcción, instalación, mantenimiento y conservación del mobiliario urbano a cambio de explotación publicitaria para el Distrito Metropolitano de Quito*”.

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 264, numerales 1 y 2, establece que: “*Los gobiernos municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas sin perjuicio de otras que determine la ley: 1. Planificar el desarrollo cantonal y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, con el fin de regular el uso y la ocupación del suelo urbano y rural. 2. Ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón*”.

Así mismo, el artículo 54 literales f) y m) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (en adelante COOTAD) dispone: “*(...) Son funciones del gobierno autónomo descentralizado municipal las siguientes: f) Ejecutar las competencias exclusivas y concurrentes reconocidas por la Constitución y la ley y en dicho marco, prestar los servicios públicos y construir la obra pública cantonal correspondiente con criterios de calidad, eficacia y eficiencia, observando los principios de universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad, solidaridad, interculturalidad, subsidiariedad, participación y equidad; y, m) Regular y controlar el uso del espacio público cantonal y, de manera particular, el ejercicio de todo tipo de actividad que se desarrolle en él la colocación de publicidad, redes o señalización*”. En concordancia, el artículo 55 literal b, del mismo cuerpo legal que manda: “*Competencias exclusivas del gobierno autónomo*

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sexta Sala) de la Unión Europea de 23 de abril de 1993. C-41/90. Asunto Klaus Hofner y Fritz Elser c. Macroton GmbH, par. 21.

²⁵ Para efectos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) la definición de empresa o *undertaking*, es aplicable tanto para el artículo 101 como al artículo 102, por tal motivo, es admisible citar casos de abuso de posición dominante donde se establece con claridad este concepto. Véase: Whish Richard & Bailey David. *Competition Law*. (Oxford: Oxford University Press, 2018), 83.

²⁶ Para una definición y características de actividad económica, véase: Okeoghene Odudu. *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*. (Oxford: Oxford University Press, 2006), 45 – 47. A saber: La noción de empresa o *undertaking* ha ido delimitándose, es decir, tiene un concepto autónomo en el derecho de la competencia de la UE. La jurisprudencia de la Unión Europea no se enfoca en si la empresa tiene o no ánimo lucrativo, ni distingue en función de su carácter público o privado, o al hecho de que tenga personalidad jurídica, estableciendo una definición funcional (functional approach) para catalogarlo como empresa.

²⁷ Luis Ortiz Blanco, et al., *Manual de Derecho de la Competencia*. (Madrid: Tecnos, 2008), 64 - 70.



descentralizado municipal.- Los gobiernos autónomos descentralizados municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas sin perjuicio de otras que determine la ley; [...] b) Ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón". En efecto, por mandato constitucional, toda Administración pública debe actuar con sometimiento pleno a la Constitución y a la Ley, por lo que se constata que dichas prerrogativas alegadas por el GAD DMQ se encuentran en una norma con rango de ley.

Por su parte, el catedrático español Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo²⁸ afirma que la "(...) *Administración pública entendida provisionalmente, como el aparato organizativo e institucional que, dotado de personalidad jurídica y bajo la dirección del Gobierno, desarrolla las funciones y realiza las tareas del Estado que no corresponden a los demás poderes y órganos constitucionales*". Entendiendo con este concepto que la Administración Pública es el conjunto de organismos públicos encargados de ejercer las funciones y competencias determinados en el ordenamiento jurídico para el buen funcionamiento del Estado. La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 227, concibe a la Administración Pública como: "(...) *un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación*".

Así pues, con base en el principio de descentralización, se permite delegar al Gobierno Central la responsabilidad y gestión de ciertas competencias que de acuerdo a la Constitución de la República del Ecuador y el COOTAD, deberán ser asumidas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados, en el presente asunto, al GAD DMQ. De manera que, dicho organismo público cuenta con una serie de potestades para viabilizar el mandato señalado en el artículo 227 de la *Carta Magna*.

Considerando lo antes expuesto, para el tratadista Enrique Linda Paniagua²⁹, la potestad administrativa: "(...) *no es resultado de una relación jurídica, si no que se genera directamente en el ordenamiento; no recae sobre un objeto específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico; no se concreta en una pretensión, sino que supone la abstracta posibilidad de producir efectos jurídicos*". Las potestades de la administración pública, se consideran poderes de este previamente establecidos por la Ley, en el estricto cumplimiento del principio de legalidad. Para ejercer las facultades de la administración pública tiene que ser únicamente con motivo de la persecución del interés público, y no se admite la persecución del interés propio o privativo de la administración pública.

En ese sentido, constituye un axioma en derecho que toda Administración debe ajustarse en el ejercicio de sus competencias (principio de legalidad)³⁰, no solo a la normativa de la que emanan, sino al resto del ordenamiento jurídico, incluyendo como se ha señalado, a la normativa de competencia.

²⁸ Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Lección I. *El Derecho Administrativo*. Tomado de: <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/institucionesbasicas-derecho-administrativo/lecciones-1/Leccion1.pdf>, 1

²⁹ Enrique Linda Paniagua, *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Del derecho del poder al derecho de los ciudadanos, 4ta, ed. (Madrid: COLEX Editorial, 2012), 272.

³⁰ Para Zavala Egas, en su obra *Derecho Administrativo Tomo I*, debe tomarse al principio de legalidad en el sentido estricto, es decir, solo mediante la Constitución y la Ley se puede otorgar potestades administrativas.



La administración pública posee inherentemente una potestad³¹ que es un poder de actuación habilitado y ejercitado conforme las normas jurídicas para ejercitar competencias y facultades que se le han confiado. Bajo esa perspectiva, puede entenderse que la actividad realizada por el GAD DMQ fue inherente al ejercicio de una potestad pública, originado por las atribuciones y competencias permitidas en la Constitución de la República del Ecuador artículo 264, numerales 1 y 2, y en el COOTAD, en sus artículos 54 literales f) y m), y 55 literal b), lo anterior debido a que los Municipios les compete el deber de llevar a cabo procesos de contratación pública.

De la revisión del Contrato de Concesión, se colige que el GAD DMQ actuó al amparo de sus prerrogativas, discutir lo contrario no le concierne por competencia a ésta Intendencia³², de manera que, la potestad de llevar a cabo un concurso público para la concesión del diseño, construcción, instalación, mantenimiento y conservación del mobiliario urbano a cambio de la explotación publicitaria para el Distrito Metropolitano de Quito, le corresponde enteramente a la administración pública, es decir al GAD DMQ.

En atención a lo mencionado anteriormente, surge la siguiente interrogante jurídica: **¿Es correcto afirmar que el ejercicio de la administración pública debe entenderse como una actividad económica?**

Respecto del concepto de actividad económica, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha definido sus rasgos característicos, siendo estos, los siguientes:

- (i) La oferta de bienes y servicios en el mercado³³ y, (ii) que dicha actividad puede ser llevada a cabo en principio, por una empresa privada con el objetivo de obtener ganancias^{34,35}; entendiéndose inclusive que si la empresa privada ha incurrido en pérdidas, resulta irrelevante para la configuración de la actividad económica.

Siendo lo anterior un razonamiento común de los tribunales europeos, pareciera ser que el ejercicio de un organismo público en razón de su potestad administrativa no constituye una actividad económica, toda vez que no es de su naturaleza (a diferencia de las Empresas Públicas) la oferta de bienes y servicios en el mercado, ni persigue el fin de generar ganancias.

Así mismo, debe recordarse que, según la jurisprudencia del TJUE las actividades que se vinculan al ejercicio de prerrogativas de poder público no tienen carácter económico, que justifique la aplicación

³¹ Fernando Garrido Falla. *Tratado de Derecho Administrativo*. (Madrid: Tecnos, 1989).

³² El artículo 38 de la LORCPM confiere a la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado, a través de sus órganos, una serie de atribuciones –*numerus clausus*– que no tiene incidencia respecto a determinar la legalidad o no, de un Contrato de Concesión. En otras palabras, corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en la LORCPM.

³³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE), *Firma Ambulaz Glockner vs Landkreis Sudwestpfalz*. Case-475/99, parf. 19; *Commission vs Italy*. Case35/96, parf. 36 y *FENIN vs Commission*. Case C-205/03, parf. 25.

³⁴ STJUE, *Albany International BV vs Stichting Bedrijfspensionenfonds Textielindustrie*. Case-67/96, parf. 311; *Pavlov vs Stichting Bedrijfspensionenfonds Medische Specialisten*. Case C-180-184/98, parf. 201.

³⁵ Cfr. Jones Alison y Sufrin Brenda. *EU Competition Law*. (Oxford: Oxford University Press, 2014), 127 - 133.



de las normas sobre competencia.³⁶ En ese sentido, el mismo TJUE, en la sentencia *SAT Fluggesellschaft*³⁷, consideró que:

“(...) tomadas en su conjunto, las actividades de Eurocontrol, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas, se vinculan al ejercicio de prerrogativas, relativas al control y a la policía del espacio aéreo, que son prerrogativas típicas del poder público y que no revisten carácter económico. En consecuencia, el Tribunal de Justicia declaró que los artículos 86 y 90 del Tratado (actualmente artículos 82 CE y 86 CE) deben interpretarse en el sentido de que una organización internacional como Eurocontrol no constituye una empresa a efectos de dichos artículos (...).”
(Negrilla me pertenece)

La Unión Europea ha tratado de equilibrar la necesidad de proteger la competencia contra la necesidad de respetar los poderes de la Administración Pública de los Estados Miembros, en el sentido de no aplicar las reglas de competencia cuando devienen de prerrogativas de los poderes soberanos de los estados.³⁸

La adjudicación del contrato de concesión, en virtud del artículo 2 y 11 de la LORCPM, y la jurisprudencia citada, no debe entenderse como una actividad económica del GAD DMQ, tanto así, que el TJUE en un proceso *similis* «caso *Bodson*³⁹» precisó lo siguiente:

“(...) Como acertadamente ha señalado la Comisión, el artículo 85 del Tratado se aplica, según sus propios términos, a los acuerdos «entre empresas»; dicha disposición no se refiere a los contratos de concesión celebrados entre los municipios, cuando actúan en calidad de Administraciones públicas, y las empresas encargadas de la gestión de un servicio público”
(Negrilla me pertenece).

Por otra parte, el caso *Cali & Figli*⁴⁰, ilustra que incluso una compañía privada que en razón de un contrato de concesión realice actividades de interés público, no será considerada como una empresa, conforme lo señala el TJUE en su parte pertinente: *“Las actividades que el Servizi Ecologici Porto di Genova SpA (SEPG) se llevan a cabo bajo una concesión exclusiva que le otorgó un organismo público. La vigilancia de la contaminación para la cual SEPG era responsable en el puerto petrolero de Génova, es una tarea de interés público que forma parte de las funciones esenciales del Estado como protección del medio ambiente en las áreas marítimas (...).”*

En otras palabras, y respondiendo las dos interrogantes planteadas anteriormente, el contrato de concesión celebrado entre el GAD DMQ y Publicidad Sarmiento, no puede entenderse como un acuerdo entre operadores económicos, en la medida que los acuerdos restrictivos a la competencia son circunscritos en el ejercicio de una actividad económica, y el GAD DMQ actuó de conformidad con sus atribuciones constitucional y legalmente establecidas, en atención al interés público.

Por lo tanto, para la configuración de un acuerdo o práctica restrictiva, en primer lugar deben existir dos o más operadores económicos conforme los parámetros señalados en el artículo 2 de la LORCPM,

³⁶ Sentencias de 11 de julio de 1985, Comisión/Alemania, 107/84, Rec. p. 2655, apartados 14 y 15; STJUE, *SAT Fluggesellschaft mbH v Eurocontrol*, C-364/92, párrafos 18, 19, 27-30.

³⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *SAT Fluggesellschaft*. Case-364/92.

³⁸ Op. Cit. Luis Ortiz Blanco, et al., *Manual de Derecho de la Competencia*. 64 - 70.

³⁹ STJUE, *Corinne Bodson v. SA Pompes Funebres des regions liberees*. Case-80/87, par. 18.

⁴⁰ STJUE, *Cali & Figli v Servizi Ecologici Porto di Genova SpA*. Case-343/95. 1997, parfs. 15, 22 y 23.



por lo que la inexistencia o no confluencia de uno de los requisitos, convierte en inviable la configuración de un acuerdo colusorio, que devenga en el análisis del derecho de competencia, y por lo tanto la intervención de la SCPM.

Por lo que en atención a lo establecido en el artículo 2 y primer inciso del artículo 11 de la LORCPM, respecto a la calificación de operador económico, en el caso que nos ocupa, no puede existir un acuerdo restrictivo entre los denunciados, puesto que el GAD DMQ actuó en base a su prerrogativas públicas y no como un operador económico, dejando sin efecto la configuración de la conducta.

9.4. Consideraciones de los “elementos de prueba” aportados por el denunciante.

Los elementos probatorios aportados por el denunciante, conforme se desprende de la denuncia, buscaban corroborar la existencia de un acuerdo colusorio infractor del derecho de la competencia, sin embargo, por la etapa procesal en la que se encuentra el presente expediente de investigación, únicamente se señalaran las consideraciones respecto del ámbito de competencia de la SCPM.

a. Prueba 1. Copias certificadas del contrato de Concesión del diseño, construcción, instalación, mantenimiento y conservación del mobiliario urbano a cambio de explotación publicitaria para el Distrito Metropolitano de Quito.

El contrato suscrito el 11 de abril de 2018, entre el Gobierno Autónomo Descentralizado del Distrito Metropolitano de Quito, y la Compañía Publicidad Sarmiento S.A., fue efectuado conforme sus prerrogativas legales establecidas en el artículo 264, numerales 1 y 2, en concordancia con los artículos 54 literales f) y m) y el 55 letra b, del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (en adelante COOTAD).

Dentro de las atribuciones otorgadas a la SCPM, contenidas en el artículo 38 de la LORCPM, se establece que esta autoridad únicamente puede revisar y analizar aquellas conductas contrarias a la libre competencia, bienestar general y al comercio justo, siempre y cuando las mismas sean desarrolladas por operadores económicos, conforme los requisitos prescritos en el artículo 2 de la LORCPM.

La LORCPM no contempla como atribución de esta autoridad, determinar la legalidad, incumplimiento o nulidad de un contrato público, al corresponder esta facultad de forma exclusiva a la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que, este elemento probatorio aportado por el denunciante se refiere a las presuntas violaciones al debido procedimiento administrativo, situación que excede las facultades de la SCPM.

b. Prueba 2. Copias Informe de la Procuraduría General del Estado en informe del Control Legal al Concurso Público No. MDMQ-STHV-001-2017.

Las conclusiones establecidas por la Procuraduría General del Estado, son tendientes a determinar el incumplimiento de requisitos legales (internos) para la suscripción del contrato es decir en su etapa precontractual, por cuanto no se habría puesto en conocimiento del Consejo Metropolitano de Quito, los informes justificativos sobre la falta de capacidad técnica y económica de la Municipalidad, y además que la resolución de concesión del contrato ya en su fase contractual no fue autorizada por el mismo.



Estos aspectos de carácter legal, no compete a esta autoridad analizarlos en tanto y en cuanto, si existe o no una causal de nulidad dentro del proceso de contratación está ligado a los preceptos normativos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y no al ámbito del derecho de competencia, y por tanto no corresponde a la SCPM, pronunciarse sobre la presunta transgresión de dicha normativa.

c. Prueba 3. Copias juicio No. 17371201901630

La sentencia del juicio No. 17371201901630, en el cual el accionante es Servicios Publicitarios Creamedios S.A., en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado del Distrito Metropolitano de Quito, versa sobre el retiro de estructuras publicitarias colocadas por el accionante y retiradas por la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas, sin un debido proceso, y por ende la acción de protección presentada, resultó a favor del accionante. Sin embargo, por la etapa procesal del expediente, no corresponde a esta autoridad pronunciarse sobre la sentencia del juicio No. 17371201901630, como elemento probatorio, y la posible configuración de las conductas anticompetitivas denunciadas.

d. De la petición a la Procuraduría General del Estado del expediente integro que llevo a la emisión del informe No. MDMQ-STHV-001-2017.

El denunciante solicitó en su escrito de ampliación y compleción a la denuncia, que en base al artículo 48 de la LORCPM, solicite a la Procuraduría General del Estado el expediente integro que sirvió de fundamento para la emisión del informe No. MDMQ-STHV-001-2017, al respecto esta autoridad manifiesta que, el artículo 48 permite:

“Art. 48.- Normas generales.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del procedimiento, podrá 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, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate”.

El artículo 48 de la LORCPM, permite a la SCPM, solicitar información a órganos del sector público, cuando los mismos tengan relación con la conducta investigada y/o denunciada, adicionalmente el último inciso del artículo 56 del mismo cuerpo normativo, permite a la autoridad realizar actuaciones previas encaminadas a reunir información o identificar indicios razonables de la existencia de infracciones a la ley.

Por tanto la petición efectuada por el denunciante para requerir todo el expediente que sirvió de fundamento para la emisión del informe No. MDMQ-STHV-001-2017, en el cual se establece que no se cumplieron requisitos legales para la suscripción del contrato entre el Gobierno Autónomo Descentralizado del Distrito Metropolitano de Quito, y la Compañía Publicidad Sarmiento S.A., y como se estableció en las consideraciones de dicho informe, esta autoridad no es competente para pronunciarse sobre el cumplimiento y omisión de requisitos legales en las etapas precontractuales y contractuales de dicho contrato.



e. De la petición de todas las piezas procesales del juicio No. 17371201901630

El denunciante solicitó en su escrito de ampliación y compleción a la denuncia, que en base al artículo 48 de la LORCPM, de considerar útil, pertinente y conducente esta autoridad solicite todas las piezas procesales del juicio No. 17371201901630, al respecto se manifiesta que, el artículo 48 permite:

“Art. 48.- Normas generales.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del procedimiento, podrá 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, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate”.

El artículo 48 de la LORCPM, permite a la SCPM, solicitar información a órganos del sector público, inclusive órganos de la función judicial, cuando los mismos tengan relación con la conducta investigada y/o denunciada, adicionalmente el último inciso del artículo 56 del mismo cuerpo normativo, permite a la autoridad realizar actuaciones previas encaminadas a reunir información o identificar indicios razonables de la existencia de infracciones a la ley.

Por tanto la petición efectuada por el denunciante para requerir todo el expediente que sirvió de fundamento para la sentencia emitida dentro del juicio No. 17371201901630, en el cual se establece la vulneración de derechos constitucionales por parte del Gobierno Autónomo Descentralizado del Distrito Metropolitano de Quito, no es tendiente a establecer la existencia de una conducta colusoria, tal como se señaló en las consideraciones de la prueba 3.

DÉCIMO: DE LAS PRETENSIONES

10.1. Pretensiones de Servicios Publicitarios Creamedios S.A.

Sobre las pretensiones argüidas por el denunciante, toda vez que la práctica anticompetitiva denunciada no ha sido configurada conforme los requisitos establecido dentro de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la peticiones de medidas correctivas y sancionatorias, solicitadas dentro del libelo de su denuncia, son improcedentes.

10.2. Pretensiones de la Compañía Publicidad Sarmiento S.A.

a. De la petición de remisión del presente expediente investigativo a la Fiscalía General del estado por presunto fraude procesal.

Sobre la petición formulada por el denunciado, el artículo 72 de la LORCPM, manda:

“Art. 72.- Responsabilidad penal.- Cuando la Superintendencia de Control del Poder de Mercado encontrare indicios de responsabilidad penal, notificará y enviará una copia del expediente a la Fiscalía General del Estado, para que se inicien las investigaciones y acciones correspondientes, sin perjuicio de las sanciones administrativas que puedan imponerse en virtud de esta Ley”.

En concordancia con el numeral 11 del artículo 3 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (Resolución SCPM-DS-012-2017), que establece:



“Art. 3.- LINEAMIENTOS FORMALES Y FUNDAMENTALES PARA LA GESTIÓN PROCESAL.- En la gestión procesal se deberá observar lo siguiente:

[...] 11. NOTIFICACIÓN A LA FISCALÍA O LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO.
Cuando en el transcurso de una investigación administrativa aparezcan posibles indicios sobre el cometimiento de un delito, la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI) o el Superintendente a través de la Coordinación General de Asesoría Jurídica, deberá notificar a la Fiscalía.”

Esta autoridad, de la revisión del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-007-2020, y en el transcurso de la sustanciación del mismo, no ha encontrado indicios suficientes y razonables, para establecer que de alguna manera, el actuar del operador económico SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A., se subsuma dentro de la conducta tipificada dentro del artículo 272 del Código Orgánico Integral Penal, por lo cual la petición realizada por el operador denunciado, es rechazada por esta autoridad, de conformidad con las normas citadas *ut supra*.

b. Sobre la petición de archivo del expediente

Conforme el análisis efectuado dentro de la presente resolución, la petición de archivo, será atendido dentro de la parte resolutive de la presente resolución.

c. Sobre el inicio de una investigación en contra del denunciante por procesos desleales

De la petición formulada por el denunciado, será atendida dentro de la parte resolutive de la presente resolución.

10.3. Pretensiones del Gobierno Autónomo Descentralizado del Distrito Metropolitano de Quito

d. Sobre la petición de archivo del expediente

Conforme el análisis efectuado dentro de la presente resolución, la petición de archivo, será atendido dentro de la parte resolutive de la presente resolución.

e. Sobre la petición de acumulación de los expedientes SCPM-IGT-INICAPMAPR-006-2020 y SCPM-IGT-INICAPMAPR-007-2020

El artículo 66 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, establece que se podrá acumular los expedientes a solicitud de los interesados cuando exista conexión directa, esta autoridad, conforme el análisis constante dentro de la presente resolución, niega el pedido solicitado por el denunciado por considerarlo improcedente toda vez que, del análisis de los hechos no se habría cumplido los requisitos necesarios, para la configuración de la conducta tipificada dentro del artículo 11, numerales 18, 19, 20 y 21, que ameriten la prosecución de la investigación, y la acumulación solicitada no tendría fundamento ni razón procesal alguna.

f. Sobre la petición de inicio de un expediente en contra del operador económico Servicios Publicitarios Creamedios S.A., por presuntas conductas tipificadas dentro del artículo 27 numeral 9 de la LORCPM.

De la petición formulada por el denunciado, será atendida dentro de la parte resolutive de la presente resolución.



DÉCIMO PRIMERA.- RESOLUCIÓN: Dado el momento procesal, los hechos e información constante en el expediente administrativo, concatenando los elementos fácticos contrarrestados por los denunciados en referencia a lo presentado por el denunciante, esta autoridad administrativa al amparo de lo establecido en el artículo 57 de la LORCPM, en concordancia con el artículo 63 del RLORCPM y el artículo 8 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, **RESUELVE:**

PRIMERO.- No considerar satisfactorias las explicaciones presentadas por el operador económico COMPAÑÍA PUBLICIDAD SARMIENTO S.A., respecto de la denuncia ingresada por el operador económico SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A., en tanto y en cuanto en su escrito de explicaciones, hace referencia a deslindar la existencia de prácticas desleales, conducta ajena a la competencia de esta Intendencia de conformidad con el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la SCPM, y no abordadas por parte del actor en el líbello de su denuncia, y por ende no guardar relación con las conductas denunciadas, así como no brindar a esta autoridad elementos suficientes de descargo, para ser valorados a profundidad, sobre la existencia o inexistencia de un acuerdo o práctica restrictiva.

SEGUNDO: Considerar satisfactorias las explicaciones presentadas por el GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, a la denuncia ingresada por el operador económico SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A.

TERCERO: ARCHIVAR el expediente signado con el número SCPM-IGT-INICAPMAPR-007-2020, toda vez que se ha agotado el trámite correspondiente establecido dentro de la normativa legal, sin que se hayan encontrado elementos que ameriten la prosecución de la investigación sobre las posibles infracciones de los numerales 18, 19, 20 y 21 del artículo 11 de la LORCPM. Por cuanto ha quedado demostrado que el GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO no es un operador económico, incumpliendo el primer requisito para la configuración de la conducta denunciada, resultando inexistente el acuerdo colusorio denunciado, que amerite la investigación por la autoridad de competencia.

CUARTO: En razón de las peticiones presentadas por los denunciados en sus escritos de explicaciones, notifíquese a la Intendencia General Técnica, con el contenido de la presente resolución, adjuntando a la misma la denuncia y sus anexos, escrito de aclaración y completación a la misma, presentada por SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A., así como los escritos y anexos de explicaciones presentados por el operador económico COMPAÑÍA PUBLICIDAD SARMIENTO S.A., y el GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, para que en el marco de sus atribuciones y competencias legales, analice la pertinencia de la remisión de dicha documentación a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, para la procedencia de una investigación, por presuntas infracciones al artículo 27 numeral 9 de la LORCPM.

QUINTO: En razón de las alegaciones presentadas por SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A., en el líbello de su denuncia y completación a la misma, sobre la presunta existencia de barreras de entrada tanto normativas como estructurales, notifíquese a la Intendencia



General Técnica, con el contenido de la presente resolución, adjuntando a la misma la denuncia y sus anexos, escrito de aclaración y completación a la misma, presentada por SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A., así como los escritos y anexos de explicaciones presentados por el operador económico COMPAÑÍA PUBLICIDAD SARMIENTO S.A., y el GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, para que en el marco de sus atribuciones y competencias legales, analice la pertinencia de la remisión de dicha documentación a la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia para la procedencia de un expediente de barreras normativas de conformidad con el artículo 38 numerales 21 y 24 de la LORCPM.

SEXTO: Notifíquese a los operadores económicos involucrados con el contenido de la presente resolución.

SÉPTIMO: Continúe actuando el Abg. Camilo Sánchez, como Secretario de Sustanciación AD-HOC dentro del presente expediente de investigación. **CÚMPLASE y NOTIFÍQUESE.-**

Econ. María Alejandra Egüez Vásquez

**INTENDENTE NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DEL PODER
DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS.**