



INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES

Expediente No. SCPM-IGT-INICPD-006-2021

INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES. VISTOS.- Quito D.M., 26 de mayo de 2021.- **VISTOS.-** En mi calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, según la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-2021-093-A de 04 de febrero de 2021, en lo principal:

I. ANTECEDENTES

- Mediante Oficio No. 0000180 y anexos, de 21 de agosto de 2019, las 11h35, con ID 141367, la Procuraduría Metropolitana puso en conocimiento el "Censo de elementos publicitarios que carecen de LMU (41)", en 1.302 fojas.
- Mediante providencia de 31 de octubre de 2019, el Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, avocó conocimiento y dispuso la apertura del expediente signado con N°. SCPM-IGT-INICPD-38-2019, e iniciar la fase de barrido de oficio, por un término no mayor a treinta días.
- Mediante informe de 17 de diciembre de 2019, la Directora Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, economista Gabriela Arias Barros, emitió el informe de barrido dentro del expediente N°. SCPM-IGT-INICPD-038-2019, en el cual recomendó que se disponga la apertura de la etapa de Investigación Preliminar, con la finalidad de recabar indicios que confirmen o descarten el cometimiento de prácticas desleales en el mercado de la publicidad, especialmente por violación de normas de acceso concurrencial.
- Mediante providencia de 20 de diciembre de 2019, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (en adelante INICPD) en el expediente administrativo N°. SCPM-IGT-INICPD-038-2019 resolvió:

PRIMERO: Abrir el presente expediente y conducir una investigación preliminar, la cual concluirá con un informe que no podrá ser expedido en un término mayor a ciento ochenta (180) días, de conformidad con el literal a) del 21 del Instructivo de Gestión Procesal de la SCPM.

- Mediante Informe de Investigación Preliminar de 19 de enero de 2021, elaborado y aprobado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, en el cual recomendó:
 - Correr traslado con el presente informe a los operadores económicos señalados como presuntos responsables por el supuesto cometimiento de prácticas desleales de actos violación de normas, de conformidad con el artículo 27 numeral 9 de la LORCPM.
 - De encontrarse indicios sobre el presunto cometimiento de otras prácticas desleales, o la participación de otros operadores económicos durante la etapa de investigación, se recomienda



ampliar la investigación de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM.

- Mediante providencia de 19 de enero de 2021, la INICPD dispuso agregar al expediente el informe de Investigación Preliminar elaborado por la Dirección, y notificar el referido informe al operador económico: **AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A.**, entre otros, para que presenten sus explicaciones en el término de 15 días de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM.

- Mediante resolución de 25 de febrero de 2021, la INICPD resolvió:

PRIMERO.- Ordenar el inicio de una investigación dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-038-2019, en contra de los operadores económicos: **AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A.**, **GRAN COMERCIO CÍA. LTDA.**, **INDUALLAS S.A.**; y, **SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A.**, por el presunto cometimiento de prácticas desleales de violación de normas establecido en el artículo 27, número 9 de la LORCPM.

SEGUNDO.- De conformidad con lo determinado en el artículo 62 del RLORCPM, el plazo de duración de la presente investigación no podrá exceder de 180 días, que en caso de considerarlo pertinente, esta Autoridad podrá prorrogarla hasta por el plazo de 180 días adicionales (...)

- Mediante escrito ingresado por el operador económico **AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A.**, el 25 de marzo de 2021, a las 16h07, signado con el Id 189217, dicho operador presenta recurso de reposición en contra de la resolución de inicio de investigación emitida por esta Intendencia Nacional de Investigación de Control y Prácticas Desleales, de 25 de febrero de 2021.
- Mediante providencia de 30 de marzo de 2021, la INICPD avocó conocimiento del recurso de reposición presentado por el operador económico **AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A** y dispuso la apertura del expediente signado con N°. SCPM-IGT-INICPD-006-2021.
- La copia certificada del recurso de reposición el 25 de marzo de 2021, a las 16h07, signado con el Id 189217.
- Mediante providencia de 06 de abril de 2021, la INICPD agregó la copia certificada del recurso presentado por el operador económico **AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A.**
- Mediante providencia de 23 de abril de 2021, la INICPD en su parte pertinente consideró:

PRIMERO.- SUSPENSIÓN DE PLAZOS Y TÉRMINOS: Esta Intendencia pone en conocimiento de las partes que, mediante Resolución No. SCPM-DS-2021-14, de 22 de abril de 2021, el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado en su parte pertinente dispuso: “(...) *Artículo 1.- Suspender el cómputo de los términos y plazos, tanto para los operadores económicos y ciudadanos así como para la administración, dentro de los procedimientos administrativos y procedimientos administrativos sancionadores, que se tramitan y sustancian en los distintos órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, desde el lunes 26 de abril hasta el jueves 20 de mayo del año en curso, inclusive*”.



(Énfasis añadido). En tal sentido, esta Intendencia suspende la sustanciación del presente procedimiento administrativo sancionador en los términos dispuestos en la resolución emitida por la Máxima Autoridad. Finalmente, conforme lo referido, esta Intendencia pone en conocimiento de los operadores económicos que, se priorizará las notificaciones a los correos electrónicos señalados para el efecto, sin perjuicio de los otros medios que hayan sido señalados.

- Mediante providencia de 25 de mayo de 2021, la INICPD en su parte pertinente consideró:

LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE PLAZOS Y TÉRMINOS: 1.1. Mediante Resolución No. SCPM-DS-2021-14, de 22 de abril de 2021, el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado en su parte pertinente dispuso: "(...) **Artículo 1.- Suspender el cómputo de los términos y plazos, tanto para los operadores económicos y ciudadanos así como para la administración, dentro de los procedimientos administrativos y procedimientos administrativos sancionadores, que se tramitan y sustancian en los distintos órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, desde el lunes 26 de abril hasta el jueves 20 de mayo del año en curso, inclusive**". (Énfasis añadido); **1.2.** Mediante providencia de 23 de abril de 2021, esta Intendencia puso en conocimiento de los operadores económicos la resolución referida ut supra, y ordenó: "*En tal virtud, los términos y plazos contenidos en la presente providencia correrán a partir del 21 de mayo de 2021.*"; y, **1.3.** Toda vez que se ha cumplido la suspensión de términos y plazos ordenada por el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado, esta Intendencia vuelve a poner en conocimiento de los operadores económicos que los tiempos procesales se computan nuevamente a partir del día 21 de mayo de 2021.

II. RESOLUCIÓN IMPUGNADA

El recurrente interpuso recurso de reposición en contra de la resolución de 25 de febrero de 2021, emitida por la INICPD, que ordenó el inicio de una investigación dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-038-2019, en contra de los operadores económicos: AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A., entre otros, por el presunto cometimiento de prácticas desleales de violación de normas establecido en el artículo 27, número 9 de la LORCPM.

III. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

El recurrente manifestó:

1. La autoridad de control dentro del Informe no ha realizado un análisis previo, ya que fundamenta su resolución en lo dispuesto artículo 27, número 9 de la LORCPM, norma que de manera textual me permito transcribir: **Violación de normas.- Se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o administrativos o del incumplimiento de una norma jurídica, como sería una infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida. La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes configura una práctica desleal cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa.**" (Lo subrayado y en negrillas me pertenece).



2. Conforme se determina en la Resolución y en la ley, no corresponde a esta Autoridad dilucidar sobre la responsabilidad administrativa del operador económico ante la Autoridad Municipal, sino verificar si la conducta que se le atribuye, le ha dado ventajas competitivas significativas en relación con los otros competidores del mercado, que sí hayan cumplido con la obtención de las licencias correspondientes. Para que exista una práctica de competencia desleal por violación de una norma que regula el funcionamiento del operador económico en el mercado, es necesario que esta infracción normativa genere una superioridad o ventaja que le permita sobresalir en el mercado al operador económico. Sin embargo, dicha ventaja no puede ser producto de otros factores tales como dinámica del mercado, eficiencia económica, innovación tecnológica, etc., sino que necesariamente debe provenir de una ventaja competitiva significativa.

Respecto del informe de investigación preliminar de 19 de enero de 2021, expedido por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, señaló:

3. Del informe de Investigación Preliminar elaborado y aprobado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (la "Dirección"), de fecha 19 de enero de 2021, se desprende claramente que:
 - a. El mercado relevante está comprendido por la comercialización de anuncios publicitarios en la provincia de Pichincha, específicamente en el Distrito Metropolitano de Quito, y que, dicho mercado estaría atomizado, dado que las cuotas de los investigados en el mercado global serían menores al 2%.
 - b. Son varios, si no son todos, los operadores económicos que operan en el mercado relevante que no cumplen con la normativa municipal en relación a la colocación de publicidad exterior.
4. En este sentido, en un mercado claramente atomizado en el que son varios, si no son todos, los operadores económico que no cuentan con las licencias necesarias para la colocación de publicidad exterior y por tanto, se encuentran violando una norma que regula el funcionamiento del operador económico, no es razonable inferir que los operadores económicos estén obteniendo una ventaja competitiva significativa derivada única y exclusivamente por la infracción normativa, pues son varios, o todos, los operadores económicos en el mercado que se encuentran en incumplimiento de la normativa por cuanto la Autoridad Municipal no ha emitido las Reglas Técnicas para los temas que tienen relación con la planificación y el desarrollo en el Distrito Metropolitano de Quito, problemática que ha afectado nuestro derecho a la regularización de licencias LMU 41, que se explicará en detalle más adelante. Dando como resultado que ningún operador económico esté obteniendo una ventaja competitiva significativa derivada única y exclusivamente de la concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes.

En este sentido el operador económico, recalcó que:

5. Es evidente que el incumplimiento normativo es generalizado, y de ello se desprende, que esta conducta no sea razonablemente capaz de generar ventajas competitivas significativas en relación con los otros competidores del mercado, que sí hayan cumplido con la obtención de las licencias correspondientes, y por lo tanto, no corresponde a esta Autoridad dilucidar sobre la responsabilidad administrativa del operador económico ante la Autoridad Municipal.
6. La distinción entre la modalidad de incumplimiento normativo propiamente dicho y la modalidad de ausencia de autorizaciones, es relevante para fines probatorios pues, en virtud del principio



constitucional de inocencia, la única forma de acreditar la violación de una norma es con un pronunciamiento firme y ejecutoriado de la autoridad competente. Por ello, la existencia de un pronunciamiento firme y ejecutoriado de la autoridad competente según la materia, es un elemento indispensable para la configuración del tipo sancionador, y su prueba únicamente puede darse por medio de la incorporación al expediente administrativo de dicho acto administrativo o sentencia, hechos que no han ocurrido en el presente caso.

En el caso de la violación de normas por incumplimiento normativo, el principio de inocencia prevalece pues hay incertidumbre sobre la existencia o no de un incumplimiento, en la normativa ecuatoriana para demostrar dicho incumplimiento se requiere la presentación de un pronunciamiento previo de autoridad competente acerca de la existencia o no de un incumplimiento normativo, lógicamente, este pronunciamiento no le corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ya que estaría actuando fuera de sus competencias en razón de la materia.

7. El principio constitucional de inocencia, legalidad y tipicidad exigen que previo a que la SCPM., pueda pronunciarse sobre la existencia de una infracción por prácticas desleales por violación de normas, es indispensable que exista un pronunciamiento sancionatorio ejecutoriado de las autoridades competentes. Este pronunciamiento debe, a su vez, haberse dado siguiendo el procedimiento administrativo sancionador que se prevé en cada materia, y debe ser firme. Sin esos pronunciamientos firmes y ejecutoriados, la SCPM no podría declarar la existencia de una conducta de violación de normas, pues no estaría establecido el elemento esencial del tipo sancionador, que es el probar que la norma fue violada por mi representada. De lo contrario, se estaría afectando el principio constitucional de inocencia establecido en nuestra constitución (...)

Manteniendo el orden de ideas, sobre la conducta objeto de investigación, indicó lo siguiente:

1. En el numeral 5.1, de la resolución materia de esta reposición, en la cual se refiere a la Conducta Objeto de la Investigación, la misma que en su parte pertinente de manera textual me permito transcribir: (...) Respecto de la conducta actos de violación de norma, la Dirección identificó que: "...El MDMQ mediante la Agencia Metropolitana de Control emitió informes de actuación previa desde el 15 de mayo hasta el 30 de julio de 2019, respecto de la verificación del cumplimiento de tener el permiso es decir la LMU para que puedan operar con las con los [sic] elementos publicitarios ..."

(...)

De esta manera identificó lo siguiente:

(...)

"... En tal virtud, el operador económico Aktivarmed Medios Publicitarios S.A., existirían (sic) indicios respecto de un presunto incumplimiento de la Ordenanza Municipal 001, respecto de los 11 elementos reportados por el MDMQ, al no haber obtenido las LMU para poder operar en la vía pública en la ciudad de Quito, en las ubicaciones inspeccionadas por MDMQ..."

De lo determinado en dicho numeral me permito señalar lo indicado en el artículo 176, del COA, en lo referente a la procedencia de las actuaciones previas, el mismo que en su parte pertinente de manera textual me permito transcribir: (...) En los procedimientos administrativos destinados a determinar responsabilidades de los interesados, incluso el sancionador, las actuaciones previas se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la



iniciación del procedimiento administrativo, la identificación de la persona o personas que puedan resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros.

De la normativa transcrita, se evidencia que la actuación previa es un acto administrativo tendiente a determinar responsabilidades de existir las mismas se apertura un expediente administrativo sancionador en el cual la autoridad competente en este caso el funcionario resolutor (sic) de la Agencia Metropolitana de Control es quien resuelve la existencia o no de un incumplimiento normativo, hechos que no se han evidenciado en la resolución de esta investigación preliminar ya que conforme lo transcrito la conducta objeto de esta investigación son los informes de actuaciones previas que dicho sea del caso los mismos se encuentran caducados en razón del transcurso de un determinado tiempo en el cual se ha configurado la inacción por parte de la administración pública, para dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador.

2. Es pertinente indicar a su Autoridad que fue la misma administración pública la cual no pudo emitir las licencias, indicando que existen problemas en el sistema interno del Municipio para poder generar los títulos de crédito y realizar el pago a fin de obtener las respectivas licencias de publicidad exterior LMU41, conforme consta en el Oficio No: STHV-DMGT-2018-01166, de fecha 09 de marzo de 2018, que señala: "... Debo indicar que debido a cambios en la cartografía derivados de la implementación de la resolución No. STHV- 14-2017, a partir de enero de 2018 en determinados sectores de la ciudad, como es el caso de la zona norte, se han visto interrumpidos ciertos procesos como es el caso del sistema LMU-41, por lo que se estima estará operativo a partir del lunes 19 de marzo de 2018:..".

3. Por otra, la Ordenanza Municipal 001 , entro (sic) en vigencia a partir del día 29 de marzo del año 2019, con un vacío jurídico respecto a los anexos técnicos de dicha ordenanza, mi representada, ingreso la documentación pertinente a la Administraciones Zonal, para la obtención de la emisión de las Licencias Metropolitanas Urbanísticas de Publicidad Exterior (LMU-41), de los elementos materia de esta investigación, solicitudes que fueron negadas con el argumentó que en la actual Ordenanza Metropolitana No. 001-2019, no existen reglas técnicas vigentes, perjudicándonos gravemente, pues nos negaron nuestro derecho a ser atendidos y escuchados en el momento oportuno, de conformidad a lo determinado en el Art. 76, numeral 7, literal c) de la Constitución de la Republica (sic), en concordancia a lo determinado en el Art. 86 del mismo cuerpo legal, que indica que todo procedimiento debe ser sencillo, rápido y eficaz; así como, indica que no serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.

4. Este actuar de las Administraciones Zonales, afectaron nuestro derecho a la regularización, puesto que supuestamente por falta de normas técnicas no se procedió a la misma de ningún elemento publicitario desde el año 2019.

Según los funcionarios municipales que atendieron nuestras solicitudes, conforme se demuestra en una de las tantas contestaciones dadas por las Administraciones Zonales, mediante Oficio Nro. GADDMQ-AZEE-DGT-2019-0284-0, de fecha 08 de noviembre de 2019, que textualmente dice:

*"Con fecha 29 de marzo del 2019, se sanciono (sic) la Ordenanza Metropolitana No. 001-2019 que contiene el Código Municipal, en la que se incorporan una serie de normas Metropolitanas, entre estas la de Publicidad Exterior; **con el inconveniente de que este cuerpo legal en ninguna de sus partes contiene los anexos en los que se determinan las Reglas Técnicas para los temas que tienen relación con la planificación y el desarrollo en el Distrito Metropolitano de Quito.**"(La negrilla me corresponde)*



*"Con estos antecedentes esta Administración Zonal le informa que, **la atención a las solicitudes de Licencias Metropolitanas Urbanísticas de Publicidad Exterior Fija LMU (41), serán revisadas una vez que el Concejo Metropolitano de Quito expida las respectivas reglas técnicas.**"(La negrilla me corresponde)*

5. En Sesión Virtual No. 071 Ordinaria del Concejo Metropolitano de Quito, llevada a cabo el día martes 09 de junio de 2020, se RESOLVIÓ RATIFICAR LA VIGENCIA DE LAS NORMAS Y ANEXOS TÉCNICOS de la Ordenanza Metropolitana No. 119, conforme se puede verificar en el siguiente link <https://www.facebook.com/watchAive/?v=714004879178979&ref=watchpermalink>, de la página web de Facebook de la Secretaria Concejo Quito, exactamente a las 2h33min 11seg (2:33:12) (sic), es decir, varios meses después de la vigencia de la Ordenanza y del tiempo establecido en el proceso de regularización de los elementos publicitarios a ser licenciados.

Con base en estos argumentos, **AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A.**, solicitó:

Con los fundamentos de hecho y de derecho anunciados, solicito que en reoslución (sic) motivada se acepte el presente recurso de reposición y se derogue el contenido de la resolución de 25 de febrero de 2021, expedida por el Ab. Carlos Álvarez Duque, Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, dentro del Expediente No. SCPM-IGT-INICPD-038-20 19, para ante el Superintendente de Control del Poder del Mercado, por cuanto no existen lo (sic) elementos suficientes con relación a la supuesta práctica desleal por violación a la norma.

IV. CONSIDERACIONES DE LA INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES

4.1. Facultades de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

Las normas contenidas en los artículos 52, 54, 76 número 7, letra m) 213 y 335 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 66 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, las disposiciones contenidas en los artículos 50 y 51 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, establecen que esta Intendencia es el órgano competente para conocer y resolver el recurso de reposición propuesto por el operador económico **AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A.**

4.2. Validez procesal

Revisado el expediente no se encuentran vicios de procedimiento que puedan generar la nulidad procesal en esta fase administrativa, por lo que esta Autoridad declara su validez.

4.3. Determinación de los problemas jurídicos

De conformidad con la naturaleza del recurso de reposición, a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales le corresponde resolver el recurso y las pretensiones realizadas por la recurrente.

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



PJ1: ¿Existe un requisito de prejudicialidad, es decir, contar con una resolución ejecutoriada previa que declara la infracción normativa, para iniciar un caso por violación de normas generales del mercado?

PJ2: ¿En el presente caso, existen indicios sobre la obtención de ventajas por parte del recurrente, que le permitan sobresalir en el mercado, como efecto de la supuesta violación de norma?

PJ3: ¿Existe mérito para revocar la resolución de inicio de investigación, con base en los argumentos del recurrente?

DESARROLLO

A continuación, esta Intendencia procede a desarrollar cada uno de los problemas jurídicos propuestos, con base en el escrito del recurrente.

PJ1: ¿Existe un requisito de prejudicialidad, es decir, contar con una resolución ejecutoriada previa que declara la infracción normativa, para iniciar un caso por violación de normas generales del mercado?

En relación con este punto, el recurrente alegó que en el presente caso la administración municipal no ha emitido ninguna resolución sancionatoria, y mucho menos firme, que declare su responsabilidad por no contar con la LMU (41) para colocar publicidad exterior. Añadió que dicha potestad sancionadora de la Administración Municipal ya se encontraría prescrita, por lo que no podría ser sancionado por este hecho.

Precisó que a la SCPM no le corresponde declarar el incumplimiento normativo por parte del operador económico. En adición, alegó que en virtud del principio de inocencia, para demostrar el incumplimiento normativo se requiere "...la presentación de un pronunciamiento previo de autoridad competente acerca de la existencia o no de un incumplimiento normativo...".

Al respecto, esta Intendencia tiene en consideración que la SCPM tiene competencia para conocer, investigar y de ser el caso sancionar a aquellos operadores económicos que hayan cometido una o varias de las prácticas desleales tipificadas en la LORCPM. Una de estas conductas desleales es la tipificada en el artículo 27, numeral 9 de la mencionada norma, es decir, los actos de violación de normas.

No obstante, cabe precisar que esta Autoridad tiene competencia en torno a la investigación de los efectos lesivos en el mercado que puede producir una conducta desleal, de conformidad con el inciso primero del artículo 26 de la LORCPM. En el caso de violación de normas, de conformidad con lo tipificado por el artículo 27, numeral 9, los efectos perjudiciales para el mercado, a través de una ventaja que ha de ser significativa, y que sea consecuencia de la concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes.

Para una mejor ilustración, la doctrina ha señalado:

...de acuerdo con una desarrollada jurisprudencia, hay que partir de la constatación de que, según la



LCD, la calificación como desleal de la infracción de una norma no es una suerte de sanción general añadida a la ya prevista en la norma vulnerada, sino que supone un **ilícito distinto al de la ilegalidad** de la actuación (...) y así lo ha considerado un amplio y autorizado sector de la doctrina y puede deducirse de alguna decisión del TS (TS 13-300). **No** existe, de este modo, **prejudicialidad** ni vinculación de juez civil por la calificación de que los hechos hayan podido hacer, en su caso las autoridades administrativas que pudieran haberlos conocido en el marco de su competencia.¹ (Énfasis propio del texto)

En este sentido, no corresponde a esta Autoridad dilucidar sobre la responsabilidad administrativa del operador económico ante la Autoridad Municipal, sino verificar si la conducta que se le atribuye, le ha dado ventajas competitivas significativas en relación con los concurrentes, que actúen dentro del mercado cumpliendo con las normas correspondientes.

Esta Autoridad deberá comprobar en la etapa investigación, si el incumplimiento del operador económico le ha ocasionado una ventaja significativa y una prevalencia en el mercado relevante en el cual actué.

En este sentido, el análisis de competencia desleal se centra en verificar netamente estas ventajas competitivas (en el caso de normas de acceso al mercado), o de prevalencia en el mercado (en el caso de normas jurídicas generales), con independencia de la declaratoria de la Autoridad competente encargada de la salvaguarda de la norma cuya infracción se acusa.

Esta labor, en ningún caso implica una violación a los principios constitucionales aludidos por los denunciados, toda vez que, la Autoridad naturalmente competente para declarar la infracción de norma no está supeditada ni está influenciada por el análisis de competencia desleal de esta Autoridad. Incluso, dicha decisión administrativa o judicial, tendrá efectos únicamente respecto de la naturaleza de la infracción normativa, y no frente a lo decidido por esta Autoridad en materia de competencia. Es decir, los análisis de ambas autoridades, conforme a Derecho, son independientes entre sí.

Ahora bien, esta Intendencia tiene en consideración que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, no establece el requisito de un pronunciamiento administrativo previo para iniciar un caso por violación de normas, toda vez que la SCPM no sancionaría el incumplimiento de la norma acusada como tal, sino que resulta del objeto de su conocimiento la prevalencia en el mercado, a través de la obtención de ventajas competitivas significativas que a su vez sean efecto del incumplimiento normativo por parte del operador económico.

En tal sentido, el inciso primero del numeral 9 del artículo 27 de la LORCPM, establece a modo de ejemplo que la conducta desleal por violación de normas puede ser producto de la infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras.

En este orden de ideas, esta Autoridad tiene en consideración la importancia que puede tener la existencia de un pronunciamiento previo por parte del organismo rector de la materia, anterior a

¹ Broseta Bogados, Competencia Desleal, Ediciones Francis Lefebvre, párr. 1522.



determinar la posible práctica de competencia desleal por violación de normas². Sin embargo, ante la ausencia normativa del requisito de pronunciamiento previo “prejudicialidad” en la LORCPM, éste no es un requisito indispensable que contemple el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En consecuencia, para la investigación de prácticas desleales en la modalidad de violación de normas la LORCPM no prevé un requisito de prejudicialidad, o contar con una resolución ejecutoriada previa que declara la infracción normativa, por lo que, esta Intendencia, en apego de la LORCPM y sus competencias, resolvió iniciar un caso por violación de normas generales del mercado conforme los indicios identificados dentro del presente expediente.

PJ2: ¿En el presente caso, existen indicios sobre la obtención de ventajas por parte del recurrente, que le permitan sobresalir en el mercado, como efecto de la supuesta violación de norma?

Respecto de este acápite, el operador económico manifestó que las cuotas de mercado de los investigados en el mercado global serían menores al 2%, por lo que concluyó que: “...si no son todos, los operadores económicos que operan en el mercado relevante que no cumplen con la normativa municipal en relación a la colocación de publicidad exterior”.

Es decir, el recurrente cuestiona la resolución de inicio de investigación, aduciendo que no existiría una ventaja competitiva significativa por parte de los investigados, en un mercado en el que todos los concurrentes incumplen con la norma jurídica.

Al respecto, esta Autoridad considera que los elementos constates en el expediente a la fecha en que se resolvió el inicio de la investigación no son suficientes para dilucidar sobre este aspecto, y menos aún, en relación con la prevalencia en el mercado.

Esta Intendencia considera que la infracción normativa, referida en el informe de investigación preliminar, es un indicio sobre el presunto cometimiento de la práctica desleal de violación de normas, sin perjuicio de que en la etapa de investigación, y con mayores elementos de análisis se precise, con base en mayores elementos de análisis, la modalidad de norma infringida, la configuración de la conducta investigada, así como del posible falseamiento al régimen de competencia respecto del comportamiento de los investigados.

En relación con, **el hecho de que haya existido un vacío normativo respecto del procedimiento para la obtención de las licencias metropolitanas urbanísticas para colocar publicidad exterior**, esta Intendencia considera preliminarmente que, en concordancia con el desarrollo de PJ1, el ilícito tipificado en el artículo 27, número 9 de la LORCPM, no es la infracción normativa en sí, sino la prevalencia en el mercado a través de una ventaja significativa, producto del incumplimiento normativo. En este sentido, el análisis sobre los eximentes de responsabilidad ante esta Autoridad no debe basarse en las causas del incumplimiento de la norma vulnerada, sino exclusivamente sobre el falseamiento de la competencia, el prevaler en el mercado y la significatividad de las ventajas obtenidas. Esto deberá ser ratificado o descartado en la etapa de

² Requisito que consta en la tipificación de esta en otros países, como es en el artículo 14 de la Ley de Represión de Competencia Desleal de la República del Perú.



investigación, en la cual, se determina el mercado relevante de la investigación y la incidencia económica de cada investigado.

Sin embargo, es importante mencionar, que conforme los elementos identificados por la DNICPD en su informe de investigación preliminar, como los recogidos por la INICPD en su resolución de inicio de investigación, esta Autoridad resalta:

“... Ahora bien, la Dirección señaló que la Agencia Metropolitana del MDQ, **emitió informes de actuación previa desde el 15 de mayo hasta el 30 de julio de 2019, respecto de la verificación del cumplimiento de tener el permiso es decir la LMU para que puedan operar con los elementos publicitarios.**

En este sentido, una vez que la Dirección analizó el contenido de los informes remitidos por el MDMQ, identificó, que al operado económico AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A., **se le habría realizado 10 informes inspección respecto de los elementos publicitarios conforme consta a continuación:**

Predio	Nº informe	Ubicación del elemento publicitario	Tipo de elemento publicitario	Propietario
392240	2594-2019	Av. Oswaldo Guayasamin vía a Cumbaya, sector del puente sobre el Río Machángara	valla 1 cara	Aktivarmed Medios Publicitarios S.A.
392240	2595-2019	Av. Oswaldo Guayasamin vía a Cumbaya, sector del puente sobre el Río Machángara	valla doble	Aktivarmed Medios Publicitarios S.A.
392240	2623-2019	Av. Oswaldo Guayasamin vía a Cumbaya, Subida desde el puente sobre el río Machángara	valla doble	Aktivarmed Medios Publicitarios S.A.
—	2624-2019	Av. Oswaldo Guayasamin vía a Cumbaya, Subida desde el puente sobre el río Machángara	valla doble	Aktivarmed Medios Publicitarios S.A.
5329054	1761-2019	Cumbaya Santa Rosa/Predio 5329054	valla	Aktivarmed Medios Publicitarios S.A.
—	1889-2019	Av. Maldonado/La Argelia	valla	Aktivarmed Medios Publicitarios S.A.
176171	2071-2019	Av. Maldonado/La Argelia	valla	Aktivarmed Medios Publicitarios S.A.
3585126	2633-2019	Av. Oswaldo Guayasamin Itchimbia	valla	Aktivarmed Medios Publicitarios S.A.
—	2583-2019	Av. Oswaldo Guayasamin Itchimbia	valla	Aktivarmed Medios Publicitarios S.A.
—	2071-2019	Av. Maldonado/La Argelia	valla	Aktivarmed Medios Publicitarios S.A.
776818	2584-2019	Av. Oswaldo Guayasamin /Protect Itchimbia	valla	Aktivarmed Medios Publicitarios S.A.

Fuente: Tomado del lista de actuaciones previas remitida por el Director Metropolitano de Inspección, informe de inspecciones, respecto del censo de elementos publicitarios que carecen de LMU

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (DNICPD)

Adicionalmente la Dirección analizó la información remitida por el operador económico AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A., en la cual constaría 5 LMU que habría obtenido en el año 2019, para operar con los elementos publicitarios, conforme consta a continuación:



Predio	Fecha otorgamiento	Período de permanencia		Tipo de licencia	Elemento Publicitario	Ubicación del elemento publicitario
		desde	hasta			
25037	23/09/2019	01/01/2019	31/12/2019	Renovación	valla	Alonso de Angulo y Galo Molina
72518	22/04/2019	01/01/2019	31/12/2019	Nueva	valla	Eloy Alfaro y los Pinos
545940	23/09/2019	01/01/2019	31/12/2019	Renovación	valla	Maldonado y el Corazón (Casitagua)
197630	17/04/2019	01/01/2019	31/12/2019	Nueva	rótulos	6 de diciembre y Naciones Unidas
72518	02/04/2019	01/01/2019	31/12/2019	Nueva	valla	Eloy Alfaro y los Pinos

Fuente: Escrito de Aktivarmed Medios Publicitarios S.A. de 3 de enero de 2020 con ID 153189

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (DNICPD)

Al respecto la Dirección señaló:

... esta Dirección, realizó una comparación entre la información remitida por el operador económico Aktivarmed Medios Publicitarios S.A. y los informes de inspección remitidos por el MDMQ, **por lo que se evidenció, que de las 5 LMU obtenidas por el operador económico, para operar en la ciudad de Quito, no disponen de las mismas ubicaciones, así como de los predios de los 11 elementos publicitarios inspeccionados por el MDMQ.**

En tal virtud, el operador económico Aktivarmed Medios Publicitarios S.A., **existirían indicios respecto de un presunto incumplimiento de la Ordenanza Municipal 001, respecto de los 11 elementos reportados por el MDMQ, al no haber obtenido las LMU para poder operar en la vía pública en la ciudad de Quito, en las ubicaciones inspeccionadas por MDMQ.**

Por otra parte, respecto del segundo elemento, que es la **ventaja competitiva significativa, la doctrina establece que “la identidad de la ventaja impone una mejor posición en el mercado para el que la obtiene”, en este sentido, de conformidad con el análisis económico esbozado en el presente informe, esta Dirección considera que el haber presuntamente ubicado publicidad sin obtener las LMU, generaría una ventaja competitiva respecto de los operadores que no infringen la Ordenanza Municipal 001.**

Ahora bien, respecto de la prevalencia, esta Dirección **ha evidenciado la necesidad de conocer, en una eventual etapa de investigación, la verdadera participación que podría tener Aktivarmed Medios Publicitarios S.A., en el mercado de colocación de vallas publicitarias en el Distrito Metropolitano de Quito, esto con el fin, de identificar la existencia o no de una posible prevalencia como consecuencia de un incumplimiento de la Ordenanza Municipal 001 (...)**

El operador económico AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A., de conformidad con el Informe de Investigación Preliminar, tuvo una participación en el ramo de actividades creación y colocación de anuncios de publicidad al aire libre.

A criterio de esta Autoridad, la Dirección ha detallado con claridad los indicios en contra del operador económico, mismos que no fueron desvirtuados por el operador económico investigado al no presentar sus explicaciones.

Por lo expuesto, esta Intendencia considera necesario investigar al operador económico AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A., a efectos de confirmar o desvirtuar los indicios



recabados por la Dirección. (Énfasis añadido)

En tal sentido, conforme consta en el análisis preliminar, esta Autoridad respecto del primer elemento de la conducta de violación de normas, el operador económico AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A., existirían indicios respecto de un presunto incumplimiento de la Ordenanza Municipal 001, respecto de los 11 elementos reportados por el MDMQ, al no haber obtenido las LMU para poder operar en la vía pública en la ciudad de Quito, en las ubicaciones inspeccionadas por MDMQ.

Por otro lado, respecto del segundo elemento esta Intendencia, señaló que la actuación del operador económico AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A., al presuntamente ubicar publicidad sin obtener las LMU generaría una ventaja competitiva respecto de los operadores que no infringen la Ordenanza Municipal 001.

Finalmente, respecto de la prevalencia, en la etapa preliminar, se evidenció la necesidad de conocer, en una eventual etapa de investigación, la verdadera participación que podría tener AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A., en el mercado de colocación de vallas publicitarias en el Distrito Metropolitano de Quito, esto con el fin, de identificar la existencia o no de una posible prevalencia como consecuencia de un incumplimiento de la Ordenanza Municipal 001.

Por lo que, de los elementos identificados dentro del expediente esta Autoridad consideró indicios suficientes respecto de la conducta de violación de norma en contra del operador económico AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A.

Por otro lado, el operador económico recurrente manifestó que:

De la normativa transcrita, se evidencia que la actuación previa es un acto administrativo tendiente a determinar responsabilidades de existir las mismas se apertura un expediente administrativo sancionador en el cual la autoridad competente en este caso el funcionario resolutor (sic) de la Agencia Metropolitana de Control es quien resuelve la existencia o no de un incumplimiento normativo, hechos que no se han evidenciado en la resolución de esta investigación preliminar ya que conforme lo transcrito la conducta objeto de esta investigación son los informes de actuaciones previas que dicho sea del caso los mismos se encuentran caducados en razón del transcurso de un determinado tiempo en el cual se ha configurado la inacción por parte de la administración pública, para dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador.

Al respecto, esta Autoridad ratifica su criterio de que no le compete pronunciarse sobre el procedimiento realizado ante la autoridad municipal, sino exclusivamente sobre los efectos en el mercado producidos por la eventual violación de normas.

En tal virtud, esta Intendencia considera que los indicios con los que se resolvió el inicio de investigación son suficientes, sin perjuicio de que en la etapa de investigación se confirmen o descarten.

PJ3: ¿Existe mérito para revocar la resolución de inicio de investigación, con base en los argumentos del recurrente?

De acuerdo con la doctrina, el recurso de reconsideración o reposición: "... [p]uede interponerse con

fundamentos de ilegitimidad o de inoportunidad...”³.

En el presente caso, el recurrente no impugnó la resolución por cuestiones de legitimidad, es decir, por vicios procesales que invaliden el procedimiento o el acto administrativo a expedirse al finalizar el primero.

El operador económico impugnó la resolución de inicio de investigación con base en argumentos que atacaron el fondo de lo decidido, es decir, la prejudicialidad como requisito para determinar la práctica desleal de violación de norma, así como la ausencia de ventaja significativa. Es decir, atacó la oportunidad de la actuación administrativa.

En este sentido, esta Autoridad considera que los argumentos del recurso de reposición no han atacado el acto administrativo de conformidad con las causales de nulidad previstas en el artículo 105 del Código Orgánico Administrativo, que prevé:

Art. 105.- Causales de nulidad del acto administrativo. Es nulo el acto administrativo que:

1. Sea contrario a la Constitución y a la ley.
2. Viole los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide.
3. Se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo.
4. Se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado.
5. Determine actuaciones imposibles.
6. Resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo, de conformidad con este Código.
7. Se origine en hechos que constituyan infracción penal declarada en sentencia judicial ejecutoriada.
8. Se origine de modo principal en un acto de simple administración.

El acto administrativo nulo no es convalidable. Cualquier otra infracción al ordenamiento jurídico en que se incurra en un acto administrativo es subsanable.

El acto administrativo expreso o presunto por el que se declare o constituyan derechos en violación del ordenamiento jurídico o en contravención de los requisitos materiales para su adquisición, es nulo.

Al respecto, esta Autoridad considera que la impugnación planteada debió atacar, en caso de considerarlo pertinente, la validez de la actuación por alguna de las causales de nulidad del mismo, o la violación del debido proceso o de los derechos constitucionales, lo cual en el presente caso no ha

³ Agustín Gordillo, Los recursos de reconsideración, p. 445, tomado de: https://www.gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo9.pdf.



ocurrido, toda vez que la base de los argumentos del compareciente radica en que no está de acuerdo con el criterio de la Intendencia.

Sobre este particular, al persistir la existencia de indicios del cometimiento de prácticas de violación de norma, esta Intendencia reitera su criterio expuesto en la resolución de inicio de investigación.

RESOLUCIÓN.- En virtud de los antecedentes, por las consideraciones expuestas y de la potestad para resolver el presente recurso **RESUELVO:**

PRIMERO.- Negar el recurso de reposición presentado por el operador económico **AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A.**, en contra de la resolución de 25 de febrero de 2021 y en consecuencia, ratificar la resolución de marras.

SEGUNDO.- Se deja a salvo el derecho del operador económico a interponer los recursos que prevé el ordenamiento jurídico.

TERCERO.- Continúe actuando como Secretaria de Sustanciación dentro del presente expediente administrativo la abogada Nathally Sarmiento.- **NOTIFÍQUESE.-**



Abg. Carlos Andrés Álvarez Duque
**INTENDENTE NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS
DESLEALES**