

Órgano de Resolución: Superintendencia de Control del Poder de Mercado
Órgano de origen: Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales
Expediente de origen: SCPM-IGT-INICPD-018-2021
Expediente Apelación: SCPM-DS-INJ-1-2022
Apelante: PUBLICIDAD SARMIENTO S.A. - Persona Interesada
Investigados: INDUVALLAS S.A.,
AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A.,
SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A.,
GRANCOMERCIO CÍA. LTDA.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 18 de marzo de 2022, a las 14h50.- **VISTOS.** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada consta agregada al expediente; dentro del recurso de apelación interpuesto por los señores Ricardo Vladimir Flores Farías y Erick Hinojosa Castro, quienes comparecen en calidad de Apoderados de la Sucursal Extranjera PUBLICIDAD SARMIENTO S.A., en contra de la Resolución de 08 de diciembre de 2021, emitida por la Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales [INICPD] de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-018-2021; en uso de mis facultades legales, dispongo:

PRIMERO.- INCORPORACIÓN DOCUMENTAL.- a) Agréguese al expediente el escrito suscrito por la abogada Martha Araque García, abogada patrocinadora del operador económico PUBLICIDAD SARMIENTO S.A., ingresado en la ventanilla de la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 16 de marzo de 2022 a las 14h16, signado con el número de trámite ID. 230665; en el cual en su parte pertinente señala: “[...] solicitamos a usted señor Superintendente, que disponga se nos confiera una copia de la grabación de dicha audiencia. Adicionalmente, tal como lo solicitó el secretario en la audiencia pública antes indicada, adjuntamos las credenciales de nuestros abogados patrocinadores [...]”; b) En atención al escrito que se agrega, concédase al peticionario copia digital de la grabación de la audiencia instalada el 14 de marzo de 2022, a las 10h30; para el efecto, se dispone al Secretario de Sustanciación, que en el término de tres (3) días, realice la remisión vía electrónica del enlace de descarga de la reproducción de la audiencia, en caso de ser necesario, realice las gestiones correspondientes en la Secretaría General; c) Téngase en cuenta las copias simples electrónicas de las credenciales de los patrocinadores del solicitante.

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-

Verificada que ha sido la tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, se desprende que la misma no adolece de vicios de procedimiento, ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal; por lo que se declara la validez del mismo.-

TERCERO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-

Los señores, Ricardo Vladimir Flores Farías y Erick Hinojosa Castro, quienes comparecen en calidad de Apoderados de la sucursal extranjera PUBLICIDAD SARMIENTO S.A, mediante escrito ingresado en la ventanilla de la Secretaria General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado [en adelante SCPM], el 07 de enero de 2022 a las 16h39 con número de trámite ID. 222301, presentaron recurso de apelación, en contra de la Resolución de 08 de diciembre de 2021, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-018-2021.

Mediante providencia de 18 de enero de 2022, una vez que fue debidamente verificado que la impugnación cumplió con los requisitos formales y sustanciales establecidos en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM [IGPA], como son el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación, se dispuso la admisión a trámite del recurso de apelación.-

CUARTO.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-

La Resolución de 08 de diciembre de 2021, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-018-2021, que resolvió:

“[...] PRIMERO.- Negar el recurso de reposición presentado por el operador económico PUBLICIDAD SARMIENTO S.A. en contra de la resolución de 24 de septiembre de 2021, expedida dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-038-2019; y, en consecuencia ratificar la resolución de marras. [...]”

QUINTO.- PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECURRENTE.-

El operador económico PUBLICIDAD SARMIENTO S.A., en su escrito de apelación apartado IV, pretende:

“[...] 1. Que deje sin efecto la Resolución de fecha 8 de diciembre de 2021, dictada dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-018-2021, por el cual rechaza el recurso de reposición planteado contra la Resolución de fecha 24 de septiembre de 2021, dictada dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-038-2019.

2. Que en consecuencia, deje sin efecto la Resolución de fecha 24 de septiembre de 2021, dictada dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-038-2019, y en su lugar dicte la resolución que corresponde, procediendo a instruir el proceso sancionatorio e imponiendo a los operadores económicos INDUVALLAS C. LTDA., AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A. y SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A. las sanciones correspondientes previstas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [...]”

Pretensiones por medio de las cuales los recurrentes solicitan se dejen sin efecto dos actos administrativos; mismos que –por el fondo- resuelven temas diferentes, el uno responde a la

petición impugnatoria horizontal de recurso de reposición y, el otro concluye el procedimiento administrativo de investigación del Expediente No. SCPM-IGT-INICPD-038-2019; buscando, en consecuencia, la reversión de la orden procedimental de archivo.

En la forma de exposición del recurso de apelación que se atiende, los recurrentes estructuran su impugnación basado en dos presupuestos:

- a) Violación del principio de “Primacía de la Realidad”; y,
- b) Errónea determinación de la temporalidad de la infracción.

Postulados principales que se transcriben en el siguiente texto:

“[...] A.- Violación del principio de Primacía de la Realidad.

[...] En la negativa del recurso de reposición, la INICPD considera insuficientes los levantamientos y censos de elementos publicitarios ilegales en el espacio público elaborados y allegados al expediente por el propio Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, y que el relevamiento elaborado por Publicidad Sarmiento S.A., y que consta en archivo Excel, identificando el número de vallas ilegales por cada uno de los operadores económicos investigados, con la ubicación exacta de cada uno de los elementos publicitarios sin licencia, al no ser un documento oficial, no puede ser considerado.

[...] Es evidente que no ha considerado la realidad del mercado relevante, pues la ley es clara en indicar que no le exime a la autoridad realizar el análisis sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes, y esto se ha omitido en forma palpable. Es un hecho que la porción mayoritaria del mercado de publicidad exterior en el territorio del MDMQ carece de las licencias requeridas por el ordenamiento jurídico aplicable, configurándose una violación de normas que distorsiona el mercado relevante, y es su deber investigar cada una de ellas y no solamente las denuncias que tengan una sanción.

Por otro lado, en varias partes de la resolución impugnada, así como en la resolución de archivo del expediente de fecha 24 de septiembre de 2021, la INICPD pretende afirmar que, por existir un incumplimiento generalizado de normas por parte de los operadores económicos, ninguno obtiene una ventaja competitiva. Se debe considerar que, de la información que consta en el expediente, los operadores económicos investigados no son los únicos operadores en el mercado, y por otro lado, incluso los propios operadores económicos investigados no están de acuerdo en que la ilegalidad es generalizada y que beneficia a todos.

[...] Por el principio de primacía de la realidad, en caso de divergencia entre la realidad económica y la categoría o calificación jurídica de esos hechos, debe prevalecer la realidad económica. Con este principio, se establece la existencia o no de una infracción y con ello se procede a la protección que corresponde como tal del operador económico afectado, como es el caso de Publicidad Sarmiento S.A.

La INICPD se niega a reconocer que el número de elementos ilegales es superior al que ha sido así declarado en los expedientes sancionatorios administrativos, sin que exista



sustento alguno para el efecto, ya que en la Resolución que apelo, se limita a indicar que “no se omitió en el análisis de la información correspondiente al Oficio No. 0000180 y anexos remitida por el MDMQ”, así como tampoco “el recurrente no ha aportado elementos adicionales que puedan ser considerados respecto de los resultados económicos...” Insisto, el MDMQ, los propios operadores económicos investigados, mi representada y en general todo aquel que decida investigar la realidad económica del mercado relevante, descubre con facilidad que se trata de un mercado distorsionado por un grupo de operadores económicos que obtienen ventajas a partir del incumplimiento de la norma jurídica, al no obtener los permisos (LMU) y no pagar las tasas correspondientes por la ocupación del espacio público.

[...] La realidad del mercado determina que, sin la ventaja competitiva de violar la norma, los operadores económicos investigados ofertarían sus servicios a un precio mayor u obtendrían una ganancia menor, su participación de mercado sería significativamente menor, pues la misma se trasladaría a otros operadores económicos o a otros formatos de publicidad exterior. Si la INICPD hubiera analizado la realidad, llegaría a estas conclusiones con facilidad, pero la pobre investigación realizada, y el análisis parcial y sesgado que ha realizado en sus resoluciones, no le permiten descubrir algo que toda instancia que ha investigado el tema ha descubierto: Que los operadores económicos investigados actúan en bajo una ilegalidad masiva, y que obtienen ventajas económicas que les permiten prevalecer en el mercado frente a otros operadores económicos que sí cumplen la ley. [...]

B.- Errónea determinación de la temporalidad de la infracción.

[...] La IIPD determinó el período de la infracción, tomando como fecha de inicio el de las resoluciones adoptadas por la Agencia Metropolitana de Control del MDMQ, cuando existe evidencia en el expediente de que las infracciones a la norma incurridas por los operadores económicos han ocurrido, al menos, desde el año 2016.

[...] No obstante de aquello, la norma vigente al 2016 mediante la cual claramente se establecían los parámetros técnicos para el otorgamiento de licencias, fue la Ordenanza Metropolitana No. 119, por lo que no se puede pretender desconocer esta Ordenanza, y más aún cuando en la documentación que presentó el MDMQ se identifica que, el censo en el año 2016, existe 11.5% (87 elementos) tienen LMU 41 y el 88.5% (672 elementos) no cuentan con licencia, y es su deber como Organismo de Control, investigar estos hechos, precisamente para establecer la distorsión que producen estas actuaciones en el mercado relevante.

[...] Es importante indicar a usted que, el censo de vallas sin licencia que sirvió de sustento a la Ordenanza Metropolitana No. 119, como ya se mencionó en párrafos anteriores, data del año 2016. Posterior a ello, en el expediente hay levantamiento y registro de los años 2019, 2020 y 2021. Reitero y preciso que, por la naturaleza de las infracciones acusadas, se trata de una violación de normas continuada, se produce de manera permanente en el tiempo, y existe continuidad entre las actuaciones de 2016 y la situación actual, pues son las mismas vallas, pertenecientes a los mismos operadores económicos.



Por lo tanto, la temporalidad de la infracción data al menos del año 2016. Sin embargo, es posible determinar que las infracciones venían desde años anteriores al 2016. Basta con leer la Ordenanza Metropolitana No. 119 que regula la publicidad exterior, donde se establece que a la fecha en que se expidió la Ordenanza, es decir, bajo la normativa anterior, existía un 89% de ilegalidad en el mercado de publicidad exterior.

Como consecuencia de no considerar la realidad frente a las actuaciones negligentes y las omisiones de las autoridades municipales, la INICPD ha considerado para la determinación de la temporalidad de la infracción, únicamente los expedientes iniciados por la AMC, contrario a los criterios expresados por la propia INICPD, donde afirma que las competencias de AMC y de la SCPM son independientes. En el expediente existe evidencia de la violación de norma, por un periodo muy superior al establecido por la INICPD, y las excusas presentadas por los operadores económicos investigados no desvanecen esa ilegalidad, por el contrario, la reconocen. [...]”

Con la cita de la exposición de motivos, los apelantes enmarcan los elementos en los cuales recaerían los yerros del acto administrativo (Resolución de 08 de diciembre de 2021) objeto de la apelación que se atiende, atando directamente la referida exposición al acto administrativo (Resolución de 24 de septiembre de 2021) respecto del cual se recurrió horizontalmente en reposición; y –en consecuencia- plantea la invalidez del acto impugnado, atando como emanación de esa invalidez la del acto previo.

SEXTO.- PROBLEMA JURÍDICO A TRATARSE.-

Toda vez que el acto administrativo de 08 de diciembre de 2021, tiene por fondo decisional la atención del recurso horizontal de reposición interpuesto contra el acto administrativo de 24 de septiembre de 2021, la valoración impugnatoria del presente recurso de apelación recae en el examen de la petición (argumentación y pretensión) de reposición frente a la atención que sobre esta emitió la administración, Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, en su resolución, con las perspectivas de todo acto administrativo respecto de la garantía de motivación y las propias argumentaciones apelantes.

SÉPTIMO. - CONSTANCIA PROCESAL. –

De la revisión de los recaudos procesales constantes en el expediente administrativo objeto de análisis, como del expediente en el que se sustancia el presente recurso, se destacan como principales constancias procesales las que se anotan:

a) Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-038-2019:

1. Oficio No. 0000180 y anexos, de 21 de agosto de 2019, las 11h35, con número de trámite ID 141367, mediante el cual, la Procuraduría Metropolitana remitió el "Censo de elementos publicitarios que carecen de LMU (41)", en mil treinta y dos (1.302) fojas;
2. Providencia de 31 de octubre de 2019, en la que, el Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, avocó conocimiento y dispuso la apertura del

Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-38-2019, e iniciar la fase de barrido de oficio;

3. El 20 de diciembre de 2019, el Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales en el Expediente Administrativo 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 [...]”;
4. El Informe de Investigación Preliminar elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, de fecha 19 de enero de 2021, mediante 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 [...]”;
5. La Resolución de Inicio de Investigación de fecha 25 de febrero de 2021, en la cual el Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales en su parte pertinente resolvió: “[...] i. 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., INDUVALLAS 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. [...]”;
6. El Informe de Resultados de la Investigación No. SCPM-INICPD-DNICPD-011-2021, de 17 de septiembre de 2021, mediante el cual, la DNICPD, concluyó, en su parte pertinente: “[...] No se configuran los elementos de tipo, en relación con las conductas de violación de norma, toda vez que de conformidad con el análisis económico, los operadores GRAN COMERCIO CIA. LTDA., AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A., SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A., no tendrían la capacidad de falsear el régimen de competencia en este mercado relevante. Tampoco se acreditó la existencia de una ventaja competitiva ilícita a causa de los supuestos de incumplimiento en la obtención de la LMU (41). • No se configuran los elementos de tipo, en relación con las conductas de violación de norma, por parte del operador económico INDUVALLAS CÍA. LTDA., toda vez que de conformidad con el análisis económico, a pesar de tener una cuota de participación de mercado importante, no se acreditó la existencia de una ventaja competitiva ilícita a causa de los supuestos de

incumplimiento en la obtención de la LMU (41), y mucho menos el falseamiento de la competencia económica, dado el reducido número de supuestos incumplimientos que se le atribuyen en relación con el mercado relevante y su incidencia conforme el número de unidades comercializadas [...]”;

7. Resolución de 24 de septiembre de 2021, mediante la cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales resolvió: “[...] PRIMERO: Acoger el Informe de Resultados. No. SCPM-INICPD-DNICPD-011-2021, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, con fecha 17 de septiembre de 2021, que consta en el expediente con el ID 207622. SEGUNDO.- Ordenar el archivo del presente expediente en contra de los operadores económicos: *AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A., GRAN COMERCIO CÍA. LTDA., INDUVALLAS CIA. LTDA.; 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. [...]”;*
8. Escrito de 25 de octubre de 2021, signado con número de trámite ID. 211344, por medio del cual, el operador económico PUBLICIDAD SARMIENTO S.A., presentó el recurso de reposición en contra de la Resolución de 24 de septiembre de 2021 y solicitó lo siguiente; “ (...) declare con lugar el presente RECURSO DE REPOSICIÓN, y en consecuencia deje sin efecto la Resolución de fecha 24 de septiembre de 2021, dictada dentro del presente expediente, y en su lugar se dicte la resolución que corresponde, imponiendo a los operadores económicos *INDUVALLAS C. LTDA., AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A. y SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A., las sanciones previstas en la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado (...) “;*
9. Providencia de 27 de octubre de 2021, con la cual la Intendencia de Investigación dispone: “[...] la apertura de un expediente accesorio para la sustanciación del Recurso de Reposición signado con el No. SCPM-IGT-INICPD-018-2021 [...]”;

b) Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-018-2021:

1. Copia certificada del escrito de 25 de octubre de 2021, signado con número de trámite ID. 211344, con el qué, el operador económico PUBLICIDAD SARMIENTO S.A., presentó el recurso de reposición en contra de la Resolución de 24 de septiembre de 2021;
2. Providencia de 28 de octubre de 2021, en la cual la INICPD avocó conocimiento del recurso de reposición presentado por el operador económico PUBLICIDAD SARMIENTO S.A., y procedió a correr traslado con el escrito del recurso a los operadores económicos: a) *AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A.; b) GRAN COMERCIO CÍA. LTDA.; c) INDUVALLAS CIA. LTDA.; y, d) SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A.”;*
3. Escrito de 08 de noviembre de 2021, signado con número de trámite ID. 214529, presentado por el operador económico GRAN COMERCIO CÍA. LTDA., con sus

objeciones respecto del recurso de reposición planteado por el operador PUBLICIDAD SARMIENTO S.A.;

4. Escrito de 08 de noviembre de 2021, signado con número de trámite ID. 214555, presentado por el operador económico AKTIVAR MEDIOS PUBLICITARIOS S.A., con sus objeciones respecto del recurso de reposición planteado por el operador PUBLICIDAD SARMIENTO S.A.;
5. Escrito de 08 de noviembre de 2021, signado con número de trámite ID. 214556, presentado por el operador económico INDUVALLAS CIA. LTDA., con sus objeciones respecto del recurso de reposición planteado por el operador PUBLICIDAD SARMIENTO S.A.;
6. Escrito de 08 de noviembre de 2021, signado con número de trámite ID. 214554, presentado por el operador económico SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A., con sus objeciones respecto del recurso de reposición planteado por el operador PUBLICIDAD SARMIENTO S.A.;
7. Resolución de fecha 08 de diciembre de 2021, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales en la cual se resolvió: “(...) *Negar el recurso de reposición presentado por el operador económico PUBLICIDAD SARMIENTO S.A. en contra de la resolución de 24 de septiembre de 2021, expedida dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-038-2019; y, en consecuencia ratificar la resolución de marras (...)*”;

c) Expediente Administrativo SCPM-DS-INJ-1-2022:

1. Providencia de 18 de enero de 2022, mediante la cual, esta autoridad dispone: “[...] *se ADMITE a trámite el recurso de apelación interpuesto por el operador económico, PUBLICIDAD SARMIENTO S.A., en contra de la Resolución de 08 de diciembre de 2021, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales [INICPD] de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-018-2021. [...]*”;
2. Escrito presentado por el operador económico GRAN COMERCIO Cía. Ltda., ingresado en la ventanilla de la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 21 de enero de 2022 a las 12h56, signado con el número de trámite ID. 224126, mediante el cual presenta sus alegaciones en contra del recurso de apelación.
3. Escrito presentado por el operador económico AKTIVARMED MEDIOS PÚBLICOS S.A., ingresado en la ventanilla de la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 21 de enero de 2022 a las 14h44, signado con el número de trámite ID. 224159, mediante el cual presenta sus alegaciones en contra del recurso de apelación.
4. Escrito presentado por el operador económico INDUVALLAS CIA. LTDA., ingresado en la ventanilla de la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder

de Mercado, el 21 de enero de 2022 a las 15h16, signado con el número de trámite ID. 224167, mediante el cual presenta sus alegaciones en contra del recurso de apelación.

5. Escrito suscrito por el abogado José Rafael Bustamante Crespo, quien comparece como patrocinador del operador económico SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A., ingresado en la ventanilla de la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 21 de enero de 2022 a las 15h20, signado con el número de trámite ID. 224168, mediante el cual presenta sus alegaciones en contra del recurso de apelación.
6. Razón de 14 de marzo de 2022, sentada por el abogado Carlos Vásquez, Secretario de Sustanciación dentro del presente expediente administrativo, mediante la cual se certifica la celebración, por medio telemático, de la audiencia dispuesta en providencia de 10 de marzo de 2022, con la comparecencia de los representantes de los operadores económicos PUBLICIDAD SARMIENTO S.A, y AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A.; GRAN COMERCIO CÍA. LTDA.; INDUVALLAS CIA. LTDA.; SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A”, diligencia presidida por la abogada Elizabeth Landeta Tobar en calidad de delegada del Superintendente de Control del Poder de Mercado.

OCTAVO.- MARCO NORMATIVO APLICABLE.-

Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar:

La **Constitución de la República del Ecuador** –CRE- reconoce los siguientes derechos y garantías:

*“[...] **Art. 75.-** Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”; **“Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: **1.** Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [...] **7.** El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] 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 [...]” m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos; **“Art. 82.-** El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”; **“Art. 173.-** Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”; **“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. [...]”; “**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 [...]”; “**Art. 284.-** La política económica tendrá los siguientes objetivos: 1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. [...]”; 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.”; “**Art. 304.-** La política comercial tendrá los siguientes objetivos: [...] 6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados”.

La **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM-** manda:

“**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.”; “**Art. 2.-**[...]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. Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo. La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos.[...]”; “**Art. 3.-** Primacía de la realidad.- Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos. La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico”; “**Art. 4.-** Lineamientos para la regulación y principios para la aplicación.- En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia de esta Ley: 1. El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico. 2. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular. 5. El derecho a desarrollar



actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado. 6. El establecimiento de un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre concurrencia. 10. La necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes”; “**Art. 5.- Mercado relevante.-** A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado. El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.”; “**Art. 25.-** Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras. Para la definición de usos honestos se estará a los criterios del comercio nacional; no obstante, cuando se trate de actos o prácticas realizados en el contexto de operaciones internacionales, o que tengan puntos de conexión con más de un país, se atenderá a los criterios que sobre usos honestos prevalezcan en el comercio internacional. La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley. Las sanciones impuestas a los infractores de la presente ley no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios que corresponda de conformidad con las normas del derecho común, así como la imposición de sanciones de índole penal, en caso de constituir delitos. Se aplicará las sanciones previstas en esta ley, siempre que la práctica no esté tipificada como infracción administrativa con una sanción mayor en otra norma legal, sin perjuicio de otras medidas que se puedan tomar para prevenir o impedir que las prácticas afecten a la competencia. La protesta social legítima, en el ámbito exclusivo de esta Ley, no será, en ningún caso considerada como boicot.”; “**Art. 26.-** Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios”; “**Art. 27.-** Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: [...] 9.-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”; “**Art. 57.-** Archivo de la denuncia.- Si el órgano de sustanciación considera satisfactorias las explicaciones del denunciado, o si concluida la investigación no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, mediante resolución motivada ordenará el archivo de la denuncia”; “**Art. 66.-** Recurso de Reposición.- Los actos administrativos de los diferentes niveles administrativos de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado podrán ser recurridos en sede administrativa mediante el recurso ordinario y horizontal de reposición. El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de su notificación. Transcurrido el término de 20 días sin haberse interpuesto el recurso de reposición ni el de apelación, la resolución causará estado y se agotará la vía administrativa, quedando solo la vía judicial. El recurso se concederá solo en el efecto devolutivo. El plazo máximo para tramitar, dictar y notificar la resolución será de 60 días calendario”; “**Art. 67.-** Recurso de Apelación o Jerárquico.- Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición [...]”; “**DISPOSICIONES GENERALES. Primera.- Jerarquía.-** [...] En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables.”

El Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, RLORCPM, señala:

“**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”; “**Art. 63.-** Resolución de archivo de la denuncia.- Cuando, de los hechos investigados, no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, o las explicaciones presentadas por los denunciados sean satisfactorias, el órgano de investigación, mediante resolución motivada que será notificada al o los denunciantes, ordenará el archivo de la denuncia”.

El Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, prevé:

“**Art. 11.-** ARCHIVO POR FALTA DE CARGOS.- Recibido el informe de resultados el Intendente en el término de diez (10) días, lo analizará y en caso que dicho informe de resultados concluya que no se ha determinado infracciones anticompetitivas, mediante resolución motivada dispondrá el archivo del caso.”

NOVENO. - ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA APELACIÓN.-

Partiremos indicando que, conforme lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador¹ -CRE-, las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia 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.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), establece como para el régimen de competencia ecuatoriano:

*“El objeto de la presente Ley es [...] 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.”*²

Es así que, por mandato expreso de la LORCPM se crea la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como un organismo técnico de control, entre cuyas potestades legales consta la de sustanciar procedimientos administrativos -entre otros- para la investigación y de ser el caso sanción de conductas (contrarias a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas) desleales, acorde los presupuestos normativos de tipo de la infracción previstos en la LORCPM.

Conforme lo establecido, de la revisión del escrito que contiene el recurso de apelación que se atiende, y en atención al problema jurídico a tratarse, la impugnación será atendida con base en a los presupuestos planteados por el apelante observando la naturaleza del acto administrativo sobre el que recaen. Para ese propósito, es pertinente el estudio de varios puntos que permitan arribar a una decisión, siendo que la estructura de estudio se realizará en el siguiente sentido:

a) Violación del principio de “Primacía de la Realidad”:

- **i) Competencia de la SCPM; ii) Del Recurso de Reposición; iii) La conducta desleal de violación de normas; iv) Principio de “primacía de la realidad”; y, v) Valoración y carga de la prueba; y,**

¹ CRE.- “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. [...]”

² LORCPM.- “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”

b) Errónea determinación de la temporalidad de la infracción.

9.1.- Nociones generales sobre el principio de “Primacía de la Realidad”.-

Previo a analizar los puntos sobre los cuales se soporta el recurso de apelación, el necesario proceder a analizar de manera íntegra varios conceptos, como son:

9.1.1 La competencia de la SCPM.-

Es preciso mencionar que la competencia es una facultad derivada de la Constitución³ y la Ley⁴; en consecuencia, es la medida que habilita a una autoridad para obrar y cumplir sus fines en razón de la materia, tiempo, grado y territorio⁵.

Para Agustín Gordillo, la competencia es: “[...] *el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente ejercer, en razón de la materia, el territorio, el grado y el tiempo* [...]”⁶

Conforme lo señalado, la competencia en razón de la materia de la SCPM se encuentra determinada en el artículo 1 de la LORCPM, y cuyo fin primordial es, promover y defender la competencia económica, procurando el correcto funcionamiento de los mercados para proteger a los distintos operadores económicos participantes en él, logrando el bienestar de la generalidad.

Para el efecto, la SCPM, conforme lo determinado en el artículo 36 de la LORCPM, cuenta con órganos especializados (desconcentrados y descentralizados), que entre sus facultades está la de investigación respecto al tipo de conductas anticompetitivas de referido artículo 1.

En ese contexto, para la “prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales”, definidas en el artículo 25 de la LORCPM, y señaladas en el artículo 27 de la LORCPM, el Estatuto Orgánico por Procesos de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, contempla la misión, atribuciones y facultades de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, señalando como misión:

“Gestión Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales. Misión: Coordinar y organizar la investigación y el control de las prácticas desleales en las que puedan incurrir los operadores económicos, de conformidad con la Ley Orgánica de Regulación

³ Constitución de la República del Ecuador, 2008. **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(...)”

⁴ LORCPM **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”.

⁵ Código Orgánico Administrativo. Art. 65.- “Competencia. La competencia es la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado”

⁶ Gordillo Agustín, “Objeto y Competencia del Acto Administrativo”, página 33

y Control del Poder de Mercado, según su competencia legal cuando los efectos de la conducta afecten al interés público económico o al bienestar del consumidor.”⁷

Es pertinente anotar que, conforme el mandato constitucional del artículo 226⁸, y lo establecido en el artículo 20 del Código Orgánico Administrativo⁹, las autoridades que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley; y, las competencias relacionadas al control no pueden ser sustituidas o reemplazadas por otro órgano del sector público, es decir, cada órgano de control debe ejercer su competencia conforme lo determinado en la Constitución y la ley.

En consonancia con lo expuesto, en atención a la naturaleza del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-018-2021, contentivo de los actos administrativos referidos en la pretensión de apelación, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, es competente para intervenir, en apego al objeto del artículo 1 de la LORCPM, para la “la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales”, que –de conformidad a la prohibición de su artículo 26- “impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios”.

9.1.2 De la naturaleza del Recurso de Reposición.-

Los actos de un proceso/procedimiento tienen una finalidad u objetivo y se desarrollan conforme a reglas o formas predeterminadas. El incumplimiento de las formas, y en especial el de los fines, origina la actividad impugnativa que tiene por objetivo corregir esos errores o defectos, haciendo que el receptor de la decisión inconforme con la voluntad de la autoridad, plasmada en el acto, pueda -dentro del plazo que se le concede por el legislador- impugnarlo.

Alvarado Velloso, señala que el recurso de reposición es el remedio procesal ante una anomalía del proceso por parte del mismo organismo jurisdiccional, en la que se incurrió en el curso del juicio, es decir que, en ejercicio de la misma facultad de decidir, se deja sin efecto, modifica o confirma una resolución sometida a análisis por el mismo jugador¹⁰.

Dicho de otra forma, en materia administrativa, el recurso de reposición es la vía procedimental a través de la cual se llega directamente ante el funcionario que tomó la decisión con el fin de que la aclare (explique o despeje puntos dudosos) o revoque (deje totalmente sin efectos la

⁷ Estatuto Orgánico por Procesos, artículo 1.2.2.2

⁸ CRE. **“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.”

⁹ COA. **Art. 20.-** “Principio de control. Los órganos que conforman el sector público y entidades públicas competentes velarán por el respeto del principio de juridicidad, sin que esta actividad implique afectación o menoscabo en el ejercicio de las competencias asignadas a los órganos y entidades a cargo de los asuntos sometidos a control. Los órganos y entidades públicas, con competencias de control, no podrán sustituir a aquellos sometidos a dicho control, en el ejercicio de las competencias a su cargo”.

¹⁰ ALVARADO VELLOSO, Adolfo: “Recurso de reposición”, Revista de Estudios Procesales, Rosario, 1969, p.7.

decisión reemplazándola o derogándola); es decir, conforme lo señala la LORCPM, es la primera actuación o herramienta que tiene el destinatario del acto administrativo para impugnar las decisiones que pueden lesionar derechos y por ello, se interpone ante quien profirió el acto para que lo aclare, modifique, adicione o revoque. Para los fines de análisis de las pretensiones de reposición, la administración se encontrará atada a la verdad procesal del expediente materia de la impugnación a través –únicamente- de nuevos argumentos de reexamen de la parte dispositiva de lo resuelto.

En apego a la naturaleza expuesta, para el artículo 66 de la LORCPM, el recurso de reposición es un recurso de carácter horizontal, es decir, atendido por la misma autoridad que emanó el acto impugnado y a través del cual se podría incluso revocar la resolución adoptada en un primer momento; esto conforme a los elementos analizados al momento de resolver. En síntesis, este recurso debe pronunciarse respecto a los argumentos planteados por el recurrente en el mismo, siempre que estos argumentos respondan a la verdad procesal que conforma el expediente materia del recurso.¹¹

En la línea marcada, resulta importante tener presente que, cuando estamos frente a un medio impugnatorio los temas marcados en el recurso (presupuestos impugnatorios o nuevos argumentos de reexamen) son aquellos que atenderá el órgano decisor; por tanto, el resolutor debe ser congruente con el petitorio y obviamente fundamentar de lo que se le ha cuestionado, con base a lo actuado en el expediente que origina el acto administrativo que se impugna.

9.1.3 La conducta desleal de violación de normas.-

Conforme lo dispuesto en la LORCPM, se reputa como conducta desleal, a aquellas actuaciones o prácticas contrarias a las costumbres y usos honestos dentro de la actividad comercial, las cuales para ser sancionadas a la luz de la LORCPM, no requieren acreditar conciencia o voluntad, basta con que la conducta sea apta para dañar el régimen de competencia de forma real o potencial¹².

La prohibición dada en la ley de la materia abarca a todas aquellas prácticas que, sin importar la forma que adopten, *“impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica”*¹³. En el caso particular de estudio, se reputa como conducta desleal la

¹¹ LORCPM. *“Art. 66.- Recurso de Reposición.- Los actos administrativos de los diferentes niveles administrativos de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado podrán ser recurridos en sede administrativa mediante el recurso ordinario y horizontal de reposición”.*

¹² LORCPM.- *“Art. 25.- Definición.- Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras. [...] La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley. [...]”*

¹³ LORCPM.- *“Art. 26.- Prohibición.- Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. [...]”*

violación de norma, establecida en el artículo 27 numeral 9 de la LORCPM, la cual a la letra señala:

“[...] 9.- 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.”¹⁴ (El resaltado no pertenece al texto original)

De lo transcrito, podemos notar que, conforme la LORCPM, para la existencia de la configuración de la infracción, el operador económico presuntamente infractor debe:

- Prevalecer en el mercado;
- La ventaja debe ser significativa;
- La preeminencia significativa, sea el resultado del incumplimiento de una norma jurídica;
- En el caso de concurrencia en el mercado sin las autorizaciones, exista una ventaja significativa.

La Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia –órgano de control par en derecho de competencia- respecto a los presupuestos que deben estar comprobados para que se considere la configuración de la infracción por violación de norma, ha señalado:

“[...] para que una conducta sea considerada como desleal en virtud de lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 256 de 1996, debe estar comprobado:

- *Que existe una violación a una norma jurídica;*
- *Que como consecuencia directa de la violación a la norma jurídica invocada como infringida, el demandado ha adquirido una ventaja competitiva significativa frente a sus competidores; y*
- *Que el demandado ha hecho efectiva en el mercado la realización de la ventaja competitiva significativa que ha adquirido como consecuencia directa de la infracción a la norma jurídica que se ha invocado como infringida.*

¹⁴ LORCPM, artículo 27 numeral 9

Así las cosas, se procede a analizar si se encuentra evidencia de la realización de todos y cada uno de los elementos configurativos de la conducta prevista por el artículo 18 de la Ley 256 de 1996. [...]”¹⁵

Otras fuentes doctrinales, ratifican los requisitos para que se produzca esta forma de deslealtad y son los siguientes:

- *“Que exista una infracción de leyes. • Que de la infracción derive una posición de ventaja competitiva. • Que la ventaja sea significativa. La “significación” debe ser determinada en cada caso (...)”¹⁶*

Para Guillermo Cabanellas de las Cuevas, la violación de normas, como conducta desleal es:

“[...] La verificación del supuesto de hecho ilícito de violación de normas no se da ante cualquier infracción del ordenamiento jurídico realizada por un comerciante, sino solo respecto a aquellas violaciones normativas que otorgan una ventaja competitiva al infractor respecto a sus competidores, de tal suerte que sin dicha infracción la ventaja no existiría [...]”¹⁷

En este sentido, resulta evidente que la inobservancia de una norma no constituye por sí sola una acto de competencia desleal, puesto que, los elementos *sine qua non* de configuración son, la prevalencia en el mercado y la ventaja significativa, además de que, la conducta de práctica desleal de violación de norma no es aislada del pronunciamiento que emita la autoridad que tenga competencia de aplicación sobre el cuerpo normativo al que pertenece; es decir, la inobservancia normativa debe ser detectada y declarada por la autoridad competente, para con aquel examen y dictamen, la SCPM pueda revisar si esa violación declarada tiene efectos sobre el objeto de la LORCPM (y del derecho de la competencia).

Lo contrario, es decir, que los presupuestos fácticos de la conducta de un administrado parezcan conducentes para subsumirlos a la inobservancia de una norma determinada, por más evidentes que puedan resultar, no pueden ser objeto de calificación de la autoridad de competencia en materia de prácticas desleales, pues la “subsunción” para determinar la violación de norma no le concierne sino a la autoridad que el cuerpo normativo indica como competente en razón de la materia. Lo que corresponde al pronunciamiento de la SCPM es subsumir la conducta desleal (hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas) -cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten- en analizar si impiden, restringen, falsean o distorsionan la competencia, atentan contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. Esto tiene concordancia con el mandato constitucional del artículo 226, pues la SCPM

¹⁵ Compendio de Doctrina y Jurisprudencia Competencia Desleal, Superintendencia de Industria y Comercio, República de Colombia.

¹⁶ Esquematización tomada de la explicación de BARONA VILAR, Silvia: pág. 87

¹⁷ Cabanellas de las Cuevas Guillermo, Derecho de la Competencia Desleal, Heliasta, Volumen 3, Buenos Aires Argentina, 2014,

se encuentra proscrita de identificar como infractor de una norma distinta a las de la LORCPM, supliendo y reemplazando la facultad de control que tiene un organismo determinado.

Por lo detallado, la meridiana evidencia de incumplimiento de una norma, sin declaración de responsabilidad sobre el mismo, no puede constituir una práctica desleal a los ojos de su naturaleza; sino que, el pronunciamiento de “prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales”, se da a consecuencia de que la infracción detectada a un operador económico, tenga por consecuencia una posición de ventaja competitiva respecto de otros y que obtenga una ventaja significativa en el mercado, elementos que deben ser analizados técnicamente para evitar caer en decisiones arbitrarias que puedan afectar a la independencia de cada cartera de Estado.

9.1.4 Principio de “Primacía de la Realidad”.-

La doctrina define este principio (en específico respecto de la materia que nos ocupa) de la siguiente forma:

“[...] En el derecho de la competencia y el de protección al consumidor también se ha introducido la aplicación del principio de primacía de la realidad, en el sentido de que la autoridad administrativa debe determinar la verdadera naturaleza de las conductas investigadas (conductas anticompetitivas, actos de competencia desleal o violaciones a los derechos del consumidor), atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. En tal sentido, la forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos [...]”¹⁸

Principio que ha sido recogido en nuestra legislación en el artículo 3 de la LORCPM¹⁹, que señala la obligación de la autoridad administrativa, de la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y **efecto económico**, es decir que la forma o los actos jurídicos que se celebren con el fin de ejecutar la conducta anticompetitiva no son relevantes frente al hecho desleal, porque se atiende el acto mismo y su efecto, lo que derivaría en prácticas contrarias a la ley, hechos que deben ser probados y comprobables en mérito de las actuaciones de la autoridad control.

Ratificando este criterio la doctrina nos dice:

¹⁸ Hugo R. Gómez Apac, “El Principio de Primacía de la Realidad en la Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”: <https://www.tribunalandino.org.ec/libros/2018ElPrincipioPrimaciaRealidadJurisp.pdf>

¹⁹ LORCPM. Art. 3 “Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos. La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico”

“[...] en caso de seguir la discordancia entre los hechos verificados y lo que se advierte de los documentos de actos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados [...]”²⁰

9.1.5 Valoración y carga de la prueba.-

Conforme lo determinado en el Código Orgánico Administrativo COA– norma supletoria-, respecto de la prueba, se deben aplicar las disposiciones del régimen común a falta de determinación expresa²¹, lo que nos deriva a observar los mandatos del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), que respecto de la valoración del acervo probatorio señala:

*“Art. 158.- Finalidad de la prueba. La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los **hechos y circunstancias controvertidos**.”* (El resaltado no corresponde al texto original)

*“Art. 161.- Conducencia y pertinencia de la prueba. [...] La prueba deberá **referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos**.”* (El resaltado no corresponde al texto original)

Estos hechos son ratificados de manera general, en el Código Orgánico Administrativo, cuando en el artículo 195 señala: *“[...] La prueba se referirá a los hechos controvertidos [...]”*, lo que traducido a derecho de competencia, sería a la demostración o existencia de los presupuestos de la práctica anticompetitiva.

La valoración de la prueba dentro de un procedimiento administrativo consiste en que la autoridad competente y quien va a adoptar una resolución, debe verificar si los medios de prueba son confiables o no para corroborar las hipótesis fácticas.

Sobre este elemento del derecho a la prueba, Jordi Ferrer señala:

“(...) solo después de valoradas individualmente las pruebas podrán hacerse con rigor una valoración conjunta de las mismas. Por ello, deberían ser considerados como violaciones al derecho a la prueba los supuestos en que algunas de las pruebas admitidas y practicadas no hayan sido tomadas en consideración en el momento de la decisión”²²

De lo señalado, corresponde a la valoración de la prueba la función de determinar que los medios de prueba sean veraces, esto es, que tengan representación con los hechos de la realidad, así como asignar el valor probatorio a cada uno de estos medios.

En el procedimiento sancionador, la carga de la prueba recae en la administración pública (en el caso la SCPM); en este contexto, las pruebas valoradas serán las que permitan establecer con certeza el cometimiento o no de una práctica desleal o una conducta anticompetitiva, atada –

²⁰ Cervantes Macedo, artículo recuperado a partir de <https://hdl.handle.net/20.500.12802/1811>

²¹ COA.- “Art. 193.- Finalidad de la prueba. [...] A falta de previsión expresa, se aplicará de manera supletoria el régimen común en esta materia.”

²² Ferrer, La valoración racional de la prueba, pág. 56-57.

como habría sido señalado anteriormente- al tipo de conducta desleal que se atienda; que, en el caso en particular, violación de normas, partirá de la identificación violatoria que haya emitido autoridad competente.

Es tan importante la valoración de la prueba que ha sido reconocido como un requisito para la emisión de un acto administrativo de sanción, esto conforme lo señalado en el Código Orgánico Administrativo en el numeral 3 de su artículo 260²³.

9.2.- Análisis de los puntos tratados en el Recurso de Reposición

Una vez se han clarificado los conceptos expuestos anteriormente, resta analizar sí, la Intendencia de Investigación atendió los temas controvertidos en el recurso de reposición planteados por el impugnante PUBLICIDAD SARMIENTO S.A., y de ser el caso, revisar si la contestación fue técnica y legalmente dada, a fin de estudiar la procedencia de las peticiones constantes en el libelo de recurso de apelación, apartado IV:

Para revisar lo argumentado por los hoy apelantes en el recurso horizontal se transcribe, revisa en detalle y en concordancia con los puntos marcado en el recurso de apelación lo que sigue:

- **Resolución de 24 de septiembre de 2021:**

Resolviendo el tema principal, la Intendencia Nacional de Investigación y Control, fundó su decisión de archivo, de manera principal en:

“5.1 Las conductas objeto de investigación

Mediante resolución de inicio de investigación preliminar, de 25 de febrero de 2021, la Intendencia identificó de manera preliminar como: “... mercado del producto, estaría de manera preliminar delimitada por las características de los productos comercializados por los operadores económicos, enmarcándose en el servicio de la colocación de anuncios publicitarios al aire libre ...”, y respecto de la conducta, esta Intendencia, identificó que los operadores investigados presuntamente no tendrían la LMU de varios elementos publicitarios, por lo que estarían incumpliendo la Ordenanza Municipal 001, por lo que esto constituirían indicios de una conducta desleal por violación de normas, tipificada en el numeral 9 del artículo 27 de la LORCPM. [...]

5.2 Características de los bienes o servicios que serían objeto de la conducta, los bienes o servicios similares presuntamente afectados- Mercado relevante de la investigación

[...] De manera específica, entre las características del servicio de la creación y colocación de anuncios publicitarios al aire libre, esta Intendencia identifica que, este es un medio de comunicación por el cual se transmite publicidad comercial al aire libre en la vía pública; por su proceso de comercialización, el servicio puede ser considerado

²³ COA.- “Art. 260.- Resolución.- [...] 3. La valoración de la prueba practicada [...]”

*para promocionar marcas o productos utilizando soportes publicitarios móviles o fijos.
[...]*

*En tal sentido, esta Intendencia, coincide con la Dirección, respecto de que los operadores económicos que operan en el mercado del servicio de la creación y colocación de anuncios publicitarios al aire libre, deben obtener los permisos correspondientes esto es la LMU (44), para poder publicitar servicios en la vía pública.
[...]*

Análisis de sustitución de la oferta y competencia potencial

[...] Respecto del análisis realizado por la DNICPD, esta Autoridad concluye que, existirían competidores potenciales que podrían comercializar el servicio de creación y colocación de anuncios publicitarios al aire libre a largo plazo, sin embargo, al existir barreras de entrada la sustitución no se podría dar en el corto plazo, por otro lado los operadores que se encuentran en este mercado cuentan con una infraestructura similar, manteniendo márgenes de rentabilidad, no obstante, deberían incurrir en inversiones altas y permisos municipales. En tal sentido, considerando los parámetros de la prueba de sustitución de la oferta, esta Intendencia concuerda con la DNICPD, por cuanto se mantiene la definición de mercado relevante conforme el análisis de sustitución de la demanda.

[...] Mercado relevante

En tal sentido, esta Intendencia determina que para el presente caso, el mercado relevante es el servicio de publicidad al aire libre, en particular, las vallas fijas y pantallas led a nivel local, en el cual identifica las cuotas de participación de los operadores económicos investigados para el año 2020, INDUVALLAS CIA. LTDA., con una participación del 48%; NORLOP THOMPSON ASOCIADOS S.A., con un 20%; SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A., con el 12%; AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A. con el 8%; GRUPO K con el 6%; y GRANCOMERCIO CÍA. LTDA., con el 5%, entre otros.

[...] Falseamiento a la libre competencia

[...] esta Intendencia tiene en cuenta que el artículo 26 de la LORCPM, restringe la competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado únicamente para aquellos casos en que exista una afectación al orden público económico en el mercado relevante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la LORCPM.

En tal sentido, para que una conducta desleal sea prohibida o sancionable, a la luz de la LORCPM, no basta con acreditar la simple existencia del acto o hecho, sino que, además, resulta indispensable determinar si la conducta investigada impide, restringe, falsea o distorsiona el orden público en el mercado relevante.

Ahora bien, respecto del análisis del falseamiento de la libre competencia, la Dirección utilizó el siguiente esquema:

- ☐ *Naturaleza de las conductas investigadas*
- ☐ *Público objetivo*
- ☐ *Cuantificación de las posibles afectaciones por las presuntas prácticas desleales investigadas [...]*

Características de los operadores económicos investigados y estructura del mercado relevante

[...] el mercado de “creación y colocación de anuncios de publicidad al aire libre de vallas fijas y pantallas led, durante el período comprendido desde el año 2017 al 2020, ha permanecido como un HHI altamente concentrado, considerando que esta particularidad se dio antes y después de la temporalidad de la conducta, por consiguiente la estructura de este mercado se habría mantenido, esto quiere decir que a pesar de haber incumplido con la normativa fijada por el MDMQ, los operadores económicos investigados no habrían provocado una afectación real o potencial en este mercado.

[...] En concordancia con lo expuesto por la DNICPD, esta Intendencia identifica que, el público objetivo estaría compuesto por compañías e instituciones públicas o privadas que buscan una opción de publicidad al aire libre, para promocionar bienes, servicios o marcas, considerando que estos no se verían vulnerados debido a la propia naturaleza de la conducta, por el contrario el incumplimiento de la LMU-41 por parte de los operadores investigados, afectaría a los actores económicos que forman parte del mercado del servicio de creación y colocación de anuncios publicitarios al aire libre, en particular de vallas fijas y pantallas led.

[...] Cuantificación de las posibles afectaciones por las prácticas desleales investigadas:

[...] de la información económica que obra del expediente se determinó que los operadores económicos investigados han mantenido sus cuotas de participación, incluso antes de la temporalidad de la conducta desleal, además, que en su mayoría para el año 2020 han disminuido su participación.

[...] Al respecto, esta Intendencia concuerda con la DNICPD, por cuanto el efecto de la conducta desleal por parte del operador económico INDUVALLAS CIA. LTDA., significaría menos del 1% respecto de las vallas totales del operador ha comercializado en este mercado. Por lo que, concluye que el comportamiento de éste operador económico respecto de la conducta desleal, no es suficiente para demostrar el daño real o potencial al régimen de competencia, por lo que, en este caso, no se cumple con el

parámetro contenido en el artículo 26 de la LORCPM, conforme la determinación de mercado relevante conforme lo establece el artículo 5 de la LORCPM.

[...] el efecto de la conducta desleal por parte del operador económico AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A., significaría menos del 1,3% respecto de las vallas totales del operador ha comercializado en este mercado. Por lo que, esta Autoridad concluye que el comportamiento de éste operador económico respecto de la conducta desleal, no es suficiente para demostrar el daño real o potencial al régimen de competencia, en tal sentido, en este caso, no se cumple con el parámetro contenido en el artículo 26 de la LORCPM, conforme la determinación de mercado relevante conforme lo establece el artículo 5 de la LORCPM.

[...] el efecto de la conducta desleal por parte del operador económico GRANCOMERCIO CÍA. LTDA., significaría menos del 4,8% respecto de las vallas totales del operador ha comercializado en este mercado. Por lo que, concluye que el comportamiento de éste operador económico respecto de la conducta desleal, no es suficiente para demostrar el daño real o potencial al régimen de competencia, por lo que, en este caso, no se cumple con el parámetro contenido en el artículo 26 de la LORCPM, conforme la determinación de mercado relevante de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 de la LORCPM.

[...] el efecto de la conducta desleal por parte del operador económico SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A., significaría menos del 0,3% respecto de las vallas totales del operador ha comercializado en este mercado. Por lo que, concluye que el comportamiento de éste operador económico respecto de la conducta desleal, no es suficiente para demostrar el daño real o potencial al régimen de competencia, por lo que, en este caso, no se cumple con el parámetro contenido en el artículo 26 de la LORCPM, conforme la determinación de mercado relevante de acuerdo lo establecido en el artículo 5 de la LORCPM.

[...] 6.1 ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS INVESTIGADAS

[...] esta Intendencia tiene en cuenta, que los hechos analizados dentro del presente expediente, tienen relación a la presunta violación de una norma metropolitana que obliga a obtener un acto administrativo, en este caso particular, la LMU (41), para colocar publicidad en el espacio al aire libre. Dicha obligación se encuentra en la Ordenanza Metropolitana 001, que a su vez fue derogada, la Ordenanza 119, de conformidad su disposición derogatoria.

[...] la obtención de la LMU (41) corresponde a una norma jurídica que regula el ejercicio económico de los operadores, que una vez que accedieron al mercado, para colocar las vallas publicitarias como publicidad exterior requieren de cumplir con dicha licencia, convirtiéndose en una norma de funcionamiento del mercado, lo que implica

que, en el presente caso se trate de la segunda modalidad de la conducta desleal tipificada en el numeral 9 del artículo 27 de la LORCPM. [...]”

En este sentido, esta autoridad puede identificar que, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales no ha señalado que no exista la actuación desleal, sin embargo dada la participación en el mercado de los denunciados, su actuación no es capaz de alterar real o potencialmente el mercado, por tanto el elemento estructural que debe estar presente no es tal en la causa en estudio.

- **Del Recurso de Reposición planteado por el operador económico PUBLICIDAD SARMIENTO S.A.:**

Como acto de proposición los temas centrales planteados en el recurso horizontal son los que se anotan:

“Violación del principio de Primacía de la Realidad

[...]3.- Como puede determinarse de la lectura de las partes pertinentes de la Resolución impugnada, para determinar la magnitud de la violación de normas en las que han incurrido los operadores económicos investigados, la INICPD ha considerado únicamente el número de expedientes administrativos sancionadores iniciados por la Agencia Metropolitana de Control (en adelante, “AMC”), del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito (en adelante, “MDMQ”), y no ha considerado la realidad del mercado relevante, y es que una porción mayoritaria del mercado de publicidad exterior en el territorio del Distrito Metropolitano de Quito carece de las licencias requeridas por el ordenamiento jurídico aplicable, configurándose una violación de normas que distorsiona el mercado relevante, como lo demostraremos a continuación.

4.- En la página 1 de la Resolución impugnada, en el numeral Primero.- Antecedentes, en el romanito i, usted hace referencia al Oficio No. 0000180 y anexos, de 21 de agosto de 2019, las 11h35, con ID 141367, remitido por la Procuraduría Metropolitana del MDMQ, el cual contiene el “Censo de elementos publicitarios que carecen de LMU (41)”, el cual contiene 1302 fojas. Lastimosamente, Señor Intendente, en la Resolución impugnada usted no vuelve a referirse ni analiza de ninguna forma este documento. Y ese es justamente el error de bulto que usted comete en su Resolución, y que vicia por completo su análisis, pues al considerar únicamente los expedientes administrativos sancionadores, usted deja de lado una realidad que consta del expediente, y es que el número de elementos ilegales es superior al que usted pretende reconocer, sin que exista sustento alguno para el efecto.

5.- A la denuncia presentada por mi representada, se adjuntaron numerosos elementos de prueba que acreditan el número real de elementos de publicidad exterior ilegales, es decir, que no cuenta con la LMU (41) correspondiente. [...]

8.- Como puede evidenciar, señor Intendente, dentro del expediente materia de su Resolución, existe un abundante acervo documental sobre el cual usted no se ha molestado en pronunciarse. No ha emitido opinión o análisis económico o jurídico alguno. [...]

11.- Puede que un operador económico que opera sin licencia haya sido sancionado en vía administrativa, y puede que otro operador económico que también opera sin licencia, no haya sido sancionado. El primero, ha sido sometido a un procedimiento administrativo sancionador, luego de que la autoridad competente, de oficio o a petición de parte, ha recibido la noticia de la infracción, ha decidido activar los mecanismos institucionales de control y sanción, y ha seguido un debido proceso. Por otro lado, un operador económico que opera sin licencia, puede que no haya sido sometido a un enjuiciamiento administrativo, pero la ausencia de un expediente administrativo sancionador no legaliza su actividad. [...]

16.- La Resolución impugnada viola el principio de la primacía de la realidad, pues para la determinación de la conducta desleal, considera únicamente los expedientes administrativos iniciados por la AMC, y no los distintos levantamientos y censos de vallas ilegales que se han realizado por parte de las autoridades públicas competentes. Es decir, la Intendencia privilegia la formalidad administrativa frente a la realidad económica. [...]

B) Errónea determinación de la temporalidad de la infracción

[...] 18.- Como consecuencia de la violación legal descrita en el punto anterior de este escrito, esto es, haber considerado como evidencia de la infracción de normas únicamente el listado de los expedientes administrativos iniciados contra los operadores económicos investigados, se incurre en un error al momento de la determinación de la temporalidad de la infracción. Para determinar el periodo de la infracción, se toma como fecha de inicio el de las resoluciones adoptadas por la Agencia Metropolitana de Control del MDMQ, cuando existe evidencia en el expediente de que las infracciones a la norma incurridas por los operadores económicos han ocurrido, al menos, desde el año 2016.

19.- Como se reseñó en el punto anterior, existen numerosos censos y levantamientos oficiales que determinan la existencia de vallas publicitarias sin permiso, es decir, violando la norma aplicable, al menos desde el año 2016. Los operadores económicos han venido violentando la norma para poder ampliar su oferta y así posicionarse en el mercado publicidad exterior, y el MDMQ ha documentado esos incumplimientos en informes y registros que tienen el carácter de oficial. El censo de vallas sin licencia que sirvió de sustento a la Ordenanza Metropolitana No. 119, data del año 2016. Posterior a ello, en el expediente hay levantamiento y registro de los años 2019, 2020 y 2021.

Además, por la naturaleza de las infracciones acusadas, se trata de una violación de normas continuada, se produce de manera permanente en el tiempo, y existe continuidad entre las actuaciones de 2016 y la situación actual, pues son las mismas vallas, los mismos operadores económicos.

[...]”

Con lo reseñado, encontramos que los puntos a tratar y que fueron cuestionados por el entonces accionante de la reposición son los planteados en este recurso vertical; **i.** La violación del principio de la primacía de la realidad, respecto a la falta de análisis de los elementos probatorios que demostrarían la realidad del mercado; y, **ii.** La determinación del mercado relevante temporal, al respecto la Intendencia de Investigación, los atiende en el siguiente sentido:

- **Resolución de 08 de diciembre de 2021:**

La INICPD, al atender el recurso de reposición considera:

“[...] 4.3. Determinación de los problemas jurídicos

[...] Desarrollo

- 1. ¿ La INICPD en su resolución de 24 de septiembre de 2021, no vuelve a referir ni analiza el Oficio No. 0000180 y anexos, de 21 de agosto de 2019, las 11h35, con ID 141367, remitido por la Procuraduría Metropolitana del MDMQ, el cual contiene el “Censo de elementos publicitarios que carecen de LMU (41)”, el cual contiene 1302 fojas.?**

[...] Ahora bien, respecto del Oficio No. 0000180 y anexos, de 21 de agosto de 2019, las 11h35, con ID 141367, remitido por la Procuraduría Metropolitana del MDMQ, el cual contiene el “Censo de elementos publicitarios que carecen de LMU (41)”, constante en 1302 fojas, esta Intendencia, señala que el mencionado oficio fue utilizado como indicio en la resolución de apertura dentro del expediente de investigación N°. SCPM-IGT-INICPD-038-2019.

[...] en la resolución de 24 de septiembre de 2021, motivó de manera técnica y suficiente, al considerar toda la información remitida por el MDMQ mediante Oficio No. 0000180 y Nro. GADDMQ-AMC-SMC-2021-1246-O, en consecuencia, lo referido por el recurrente carece de sustento, y conforme se verifica en el detalle referido ut supra, esta Intendencia no omitió el análisis de dicha información.

Conforme la argumentación antes expuesta, esta Intendencia concluye que, no se omitió en el análisis de la información correspondiente al Oficio No. 0000180 y anexos remitida por el MDMQ, y que además se ha evidenciado que en muchos de los casos el número de informes de inspecciones es menor al total de resoluciones, por lo que se ratifica las conclusiones abordadas en la resolución de 24 de septiembre de 2021. [...]

2. ***¿La INICPD no se refiere en la resolución a los elementos de prueba que acreditan el número real de elementos de publicidad exterior ilegales, es decir los que no cuentan con LMU (41), tratándose de instrumentos que además de gozar de la presunción de legitimidad, se refieren precisamente al fondo de las conductas, estos fueron presentados en la denuncia dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-004-2021, y se replicaron en el expediente SCPM-IGT-INICPD-038-2019?***

[...] Certificación censo 2016 emitido por el Secretario de Territorio, Hábitat y Vivienda del DMQ. Oficio No. STHV-DMDU-1744-2019 [...]

[...] respecto de este punto, evidencia que del censo realizado por el MDMQ, se indicaría que existe un 88,5% de elementos publicitarios sin LMU (41), es decir, el MDMQ de manera generalizada ratifica el incumplimiento de varios elementos publicitarios de acuerdo a su ubicación; sin embargo, no se evidencia el incumplimiento de número de elementos publicitarios sin LMU (41) por cada operador responsable, por lo que no se puede atribuir, esta generalidad de los elementos publicitarios que no dispongan de LMU (41) a los operadores que fueron investigados.

Es decir, dicho documento no prueba el número de elementos publicitarios sin LMU (41), sino detalla de manera general que de la revisión de elementos publicitarios revisado por dicha dependencia un 88,5% no cumplirían con los permisos mencionados. Situación que fue solicitada al MDMQ, que a través de los oficios Oficio No. 0000180 y Nro. GADDMQ-AMC-SMC-2021-1246-O, individualizó los elementos que presuntamente mantendría informes de inspección o resoluciones de sanción por cada operador económico responsable, y de dicha información, esta Intendencia, llegó a la conclusión que los operadores investigados no obtuvieron una ventaja competitiva adquirida de la conducta desleal por incumplimiento de la obtención de la licencia metropolitana urbanística (LMU), además, tampoco se evidenció que éstos operadores hayan prevalecido al no existir dicha ventaja.

[...] Informe 042 Vallas Ilegales emitido por el Fiscalizador Contrato CMU. Oficio No. 804-GOM-2019 [...]

[...] el Informe 042 Vallas Ilegales emitido por el Fiscalizador Contrato CMU. Oficio No. 804-GOM-2019, tiene relación con el Contrato de concesión del Diseño Construcción Instalación Mantenimiento y Conservación de Mobiliario, por lo que, tampoco es un elemento útil, ni conducente, para demostrar la conducta de violación de normas en contra de los operadores investigados.

[...] Informe S/N enero 2020 emitido por Directora Metropolitana de Desarrollo Urbanístico. Informe: Levantamiento de Información de Elementos Publicitarios en el Distrito Metropolitano de Quito

[...] el objetivo del Informe S/N enero 2020 de la Dirección Metropolitana Urbanística, fue realizar el levantamiento de elementos publicitarios más representativos y que por normativa, estén sujetos a restricciones, este levantamiento de información habría sido realizado a través de una plataforma digital.

En el informe referido, además se identificó el número de elementos publicitarios encontrados en la jurisdicción territorial de cada Administración Zonal a enero de 2020 [...]

Por lo tanto el MDMQ, en el informe S/N de enero de 2020 emitido por la Directora Metropolitana de Desarrollo Urbanístico, está demostrando que 949 elementos publicitarios no se encuentran con LMU (41), esto sin especificar a los presuntos responsables, es decir, es un resultado generalizado.

[...] al considerar un presunto incumplimiento generalizado, no se puede hablar o contemplar el concepto de una ventaja competitiva respecto de otros competidores.

*[...] **Revisado Vallas 9 Feb2021 [...]***

[...] el archivo Excel aportado por el recurrente, carece de conducencia para demostrar la conducta de violación de norma respecto de los operadores investigados.

*[...] **Comunicaciones y denuncias dirigidas por parte de la compañía Publicidad Sarmiento S.A. al DMQ informado de vallas irregulares***

[...] las comunicaciones y denuncias realizadas por parte del operador económico PUBLICIDAD SARMEINTO S.A., en otras instancias o instituciones públicas distintas a la SCPM, correspondería al derecho de petición que tiene el operador de presentar sus quejas y las denuncias que considere necesarias y pertinentes.

[...] Sin embargo, en el ámbito de competencia desleal, al marco de la LORCPM, no prueba ni aporta elementos adicionales, a los ya considerados, respecto de una posible violación de norma, con relación a los operadores económicos investigados.

*[...] **Noticia informativa de la Directora de la Agencia de Regulación y Control del Municipio frente a una valla considerada ilegal. [...]***

[...] Situación que no aporta elementos precisos o relevantes, con relación a los operadores investigados, además, una opinión ciudadana, no puede ser atribuible al incumplimiento de normas analizadas dentro el expediente, menos aún prueba o aporta elementos de violación de norma de conformidad con la LORCPM. [...]

3. ¿LA INICPD, en su resolución de 24 de septiembre de 2021, considera únicamente las resoluciones y expedientes administrativos iniciados por el MDMQ, cuando tiene evidencia suficiente de que esos expedientes no se corresponden con la realidad económica del mercado relevante y al efecto del mercado relevante o falseamiento al régimen de competencia frente a la conducta de violación de normas?

[...] el artículo 27, número 9 de la LORCPM, no reprime la infracción a una norma jurídica como tal, sino, en su caso, la prevalencia en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado de la violación de una norma jurídica.

En esta línea de razonamiento, los beneficios obtenidos del cometimiento de la violación de norma se deberían ver reflejados en una mejor posición del operador económico en el mercado como resultado del cometimiento de la infracción. [...]

[...] el artículo 27, número 9 de la LORCPM, no reprime la infracción a una norma jurídica como tal, sino, en su caso, la prevalencia en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado de la violación de una norma jurídica.

En esta línea de razonamiento, los beneficios obtenidos del cometimiento de la violación de norma se deberían ver reflejados en una mejor posición del operador económico en el mercado como resultado del cometimiento de la infracción. [...]

[...] el prevalecimiento en el mercado está muy ligado al falseamiento de la competencia por parte de los investigados. Es decir, el cometimiento de los supuestos actos de infracción de norma debió reflejarse en el análisis económico del mercado, dando como resultado que a partir de los hechos investigados, la estructura del mercado y/o la posición económica de los investigados varíe a su favor [...]

Las cuotas de mercado de los investigados, así como los índices de concentración económica de dicho segmento no han variado, es decir, los operadores económicos no falsearon el régimen de competencia económica [...]

4. ¿La INICPD, en su resolución de 24 de septiembre de 2021, erróneamente determinó la temporalidad de la infracción?

[...] el MDMQ, elaboró el censo en el año 2016, en el cual, se realiza una revisión generalizada de los elementos publicitarios, detallando que el 11.5% (87 elementos) tienen LMU 41 y el 88.5% (672 elementos) no cuentan con licencia, es importante considerar que, no se identifican los elementos específicos presuntos sin LMU de cada operador económico, por lo que no se puede atribuir que corresponda, única y exclusivamente a los investigados, ni cuales de las inspeccionados en dicho año respondan a los operadores investigados.

Además, el MDMQ al realizar el censo en el año 2016, no se estaría configurando dentro de la temporalidad de la conducta, que datarían conforme las fechas en las que, el Municipio habría realizado las inspecciones a las empresas que supuestamente habrían incumplido a la Ordenanza N° 001, la cual, la cual está vigente desde marzo de 2019, en virtud que se derogó en forma expresa la ordenanza 119 junto con sus anexos técnicos, que establecían los parámetros técnicos para el otorgamiento de estas licencias [...]

2.- Por otro lado, esta Intendencia, considera importante señalar que, para definir la duración de la conducta, se tomó como referencia el Oficio No. 0000180 y anexos, de 21 de agosto de 2019, con ID 141367, de la Procuraduría Metropolitana en el cual remitió el "Censo de elementos publicitarios que carecen de LMU, el cual consta en la Resolución de inicio de investigación de 25 de febrero de 2021, [...]



En tal sentido, es importante, resaltar que en la LORCPM, en el artículo 3, refiere a la primacía de la realidad, destacando que la información que se consideró para definir la temporalidad dentro del expediente dataría los hechos puestos en conocimiento por la entidad competente, es decir, el MDMQ.

De manera complementaria, la Intendencia consideró la información contenida en el Oficio Nro. GADDMQ-AMC-SMC-2021-1246-O, remitido por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, el 17 de agosto de 2021 con ID trámite 204448, en el cual se detalló el período específico, desde cuando los operadores económicos tendrían expedientes por haber incumplido al no contar con los permisos de no obtener la LMU (41), para operar en el mercado de publicidad exterior [...]

Por lo tanto, conforme el artículo 3 de la LORCPM, la temporalidad estaría comprendida, desde el período en el que el MDMQ remitió la información respecto de los expedientes y resoluciones de los operadores económicos investigados. [...]"

Ahora bien, conforme fuera señalado, los recurrentes han basado su impugnación, tanto en el recurso de reposición como en el recurso de apelación, en dos aspectos fundamentales que son, la presunta violación del principio de Primacía de la Realidad y la errónea determinación de la temporalidad de la infracción, en ese sentido y conforme la verdad procesal que consta en el expediente impugnado, se puede determinar que la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, atendió la integridad del recurso de reposición en los puntos marcados por el operador económico PUBLICIDAD SARMIENTO S.A., los cuales se revisarán y aplicando la normativa y la doctrina dilucidaran si son equivocados o no, así:

9.2.1.- Violación del principio de Primacía de la Realidad

En este punto el impugnante a acusado la violación al principio de “Primacía de la Realidad”, por cuanto a su criterio, no se habría valorado el acervo documental que prueba que, los denunciados incumpliendo la Ordenanza Municipal No. 001, que establece la obligatoriedad de obtener la Licencia Metropolitana Única (LMU) y que han obtenido una ventaja significativa respecto de sus competidores, puesto que, existe documentación que demuestra la informalidad del sector, lo que ocasiona una afectación al régimen de competencia.

Por otro lado la INICPD ha expuesto en su Resolución de Archivo de 24 de septiembre de 2021, los elementos sobre los cuales recaería su decisión de no continuar con el proceso de investigación, dada la inexistente posibilidad de alteración del mercado por parte de los denunciantes, además de no haberse verificado una ventaja competitiva que les permita prevalecer en el sector.

Ante la impugnación horizontal y respecto del principio de primacía de la realidad con los argumentos de falta de valoración y análisis de las actuaciones constantes en el proceso, el órgano de investigación los atendió planteándose cuatro cuestionamientos, ellos son:

“1. ¿ La INICPD en su resolución de 24 de septiembre de 2021, no vuelve a referir ni analiza el Oficio No. 0000180 y anexos, de 21 de agosto de 2019, las 11h35, con ID

141367, remitido por la Procuraduría Metropolitana del MDMQ, el cual contiene el “Censo de elementos publicitarios que carecen de LMU (41)”, el cual contiene 1302 fojas.?

2. ¿La INICPD no se refiere en la resolución a los elementos de prueba que acreditan el número real de elementos de publicidad exterior ilegales, es decir los que no cuentan con LMU (41), tratándose de instrumentos que además de gozar de la presunción de legitimidad, se refieren precisamente al fondo de las conductas, estos fueron presentados en la denuncia dentro del expediente SCPM-IGTINICPD-004-2021, y se replicaron en el expediente SCPM-IGT-INICPD-038-2019?

3. ¿LA INICPD, en su resolución de 24 de septiembre de 2021, considera únicamente las resoluciones y expedientes administrativos iniciados por el MDMQ, cuando tiene evidencia suficiente de que esos expedientes no se corresponden con la realidad económica del mercado relevante y al efecto del mercado relevante o falseamiento al régimen de competencia frente a la conducta de violación de normas?

4. ¿La INICPD, en su resolución de 24 de septiembre de 2021, erróneamente determinó la temporalidad de la infracción?

- Respecto del primer problema, “falta de mención y consideración del Oficio No. 0000180 y anexos, de 21 de agosto de 2019, remitido por la Procuraduría Metropolitana del MDMQ, el cual contiene el “Censo de elementos publicitarios que carecen de LMU (41)”, en 1302 fojas”, se realiza un recuento de los momentos en los cuales se analizó y consideró el mencionado oficio, lo cual es fácilmente verificable de la constancia procesal, conforme ha constatado esta autoridad, por lo que, no existe tal omisión del análisis, apreciación y valoración de dicho documento.

Es importante recordar, que conforme permite la LORCPM, el proceso inició de oficio y la “*noticia criminis*” fue precisamente el oficio remitido a la SCPM por la Procuraduría Metropolitana del MDMQ, lo que permitió a la INICPD emitir su resolución de inicio de investigación, lo que no obsta a que esta noticia sea base de la investigación, pero los hechos constantes en la noticia debe ser verificados, nutridos por elementos adicionales y estos a su vez analizados bajo la lupa de la tipología de la infracción al derecho de competencia; hechos que sin duda, del acervo constante en el expediente administrativo, fue ejecutado por el órgano de investigación, dentro del análisis y determinación del mercado relevante planteado, el que marca los límites de los presupuestos a estudiarse.

En consecuencia, se nota que el órgano de investigación, demostró que el argumento de los hoy apelantes no obedece a la realidad procesal.

- Continuando con la revisión y en atención al segundo problema jurídico planteado, respecto de la referencia y valoración de los elementos de prueba que demuestran el

cometimiento de las conductas sometidas a investigación, el impugnante señaló que no se habrían considerado para determinar corroborar la realidad de los hechos denunciados.

Al respecto, de la lectura del acto impugnado emitido el 08 de diciembre de 2022, se puede verificar el relato de los documentos que fueron pieza fundamental para formar el criterio de la autoridad de investigación, conforme se comprueba en la integridad del apartado 2, en el cual se sintetiza la valoración de:

- Certificación censo 2016, emitido por el Secretario de Territorio, Hábitat y Vivienda del Distrito Metropolitano de Quito - Oficio No. STHV-DMDU-1744-2019, de 16 de abril de 2019;
- Informe 042 Vallas Ilegales emitido por el Fiscalizador Contrato CMU. Oficio No. 804-GOM-2019;
- Informe S/N enero 2020 emitido por Directora Metropolitana de Desarrollo Urbanístico, Informe: Levantamiento de Información de Elementos Publicitarios en el Distrito Metropolitano de Quito;
- Revisado Vallas 9 Feb2021, Archivo en Excel con el detalle de ubicación de vallas, empresa y fotografía;
- Comunicaciones y denuncias dirigidas por parte de la compañía PUBLICIDAD SARMIENTO S.A., al Distrito Metropolitano de Quito informado de vallas irregulares;
- Noticia informativa de la Directora de la Agencia de Regulación y Control del Municipio frente a una valla considerada ilegal, <https://twitter.com/GabrielaObando/status/1359517007922819080?s=20>;

Revisado el expediente en su integridad, deteniendo el estudio tanto en el Informe de Resultados emitido por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, así como en la Resolución de 24 de septiembre de 2021, esta autoridad constata el análisis legal y técnico elaborado por el equipo de la Dirección y, posteriormente valorado y aceptado por la Intendencia, por lo cual, la aseveración de la falta de análisis y valoración para determinar lo que en la realidad económica sucede, no se apega a la realidad.

Ahora bien, es preciso señalar que, respecto de la motivación de una decisión conforme la Corte Constitucional ha establecido la estructura mínima para que una resolución o sentencia se encuentre debidamente motivada y señala:

“[e]n un Estado constitucional, la legitimidad de las decisiones estatales no depende solo de quién las toma, sino también del porqué se lo hace: todo órgano del poder público tiene, no solo el deber de ceñir sus actos a las competencias y procedimientos jurídicamente establecidos (legitimidad formal), sino también el deber de motivar dichos actos, es decir, de fundamentarlos racionalmente (legitimidad material)”

22. La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte, “los órganos del poder público” tienen el deber de “desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones”. De ahí que todo acto del poder público debe contar con una motivación correcta, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos [...]”²⁴

En esta línea de ideas, la motivación en cuanto a la valoración de la prueba, debe ser armónica con el objeto controvertido, en este caso con el tema de investigación (conducta desleal de violación de norma), argumento que se ratifica al revisar lo expuesto por la Corte Nacional de Justicia que señala:

“[...] para que el juzgador desarrolle un razonamiento probatorio en uso de su libertad y autonomía, debe sujetarse a lineamientos de racionalidad y razonabilidad de la motivación para no incurrir ni en arbitrariedad ni en subjetividad en la valoración de las proposiciones presentadas. En tal virtud, el análisis de la Sala se centró en verificar si, en efecto, la valoración de la prueba fue razonable. Al respecto, los señores Jueces Nacionales, establecieron ciertos hitos sobre la valoración de la prueba, que está contenida, entre otros por, a) el derecho a la prueba; b) la valoración de la prueba; c) el objetivo fundamental e institucional de la actividad probatoria; d) la determinación de las reglas que rigen la actividad probatoria; y, e) los requisitos intrínsecos y extrínsecos de los elementos de prueba para ser obtenidos y producidos de manera válida. [...]”²⁵

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia No. 1158-17-EP/21, 20 de octubre de 2021.

²⁵ Corte Nacional de Justicia, Bitácora 2, Consulta: “Valorar el informe del médico que no pertenece a la oficina técnica y no comparece a la audiencia de juicio en contravenciones de violencia contra la mujer o miembro del núcleo familiar Oficio No. 919-P-CNJ-2019”, https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion_CNJ/Bitacora/Bitacora_2.pdf

Sin embargo que, el proceso no avanzó a la fase de prueba, se debe señalar que la valoración de los elementos que motivan una decisión, en este caso el archivo de un proceso de investigación deben ser aplicados bajo la reglas de la actividad probatoria, es decir lo señalado en el COA, *“La prueba se referirá a los hechos controvertidos”*²⁶, por tanto se constata que el órgano de investigación instruyó su proceso analizando y estudiando la realidad del mercado, bajo la visión del derecho de competencia y las prácticas desleales marcadas en la prevalencia en el mercado, consecuencia de la infracción de la norma, en el caso puntual, la Ordenanza Municipal No. 001.

- Respecto del cuestionamiento de que, la Resolución de 24 de septiembre de 2021 considera únicamente las resoluciones y expedientes administrativos iniciados por el MDMQ, cuando –a criterio del impugnante- el órgano de investigación tiene evidencia suficiente de que, esos expedientes no reflejan la realidad económica del mercado relevante y el falseamiento al régimen de competencia frente a la conducta de violación de normas, esta argumentación encuentra su centro, estableciendo que se ha privilegiado a la formalidad administrativa, frente a la realidad económica, marcando que, para arribar a una conclusión diferente se pudo haber usado otra metodología o análisis o realizado otras diligencias.

Por su parte, la INICPD, ha referido que, conforme el artículo 27, numeral 9 de la LORCPM, la SCPM no podría sancionar la infracción como conducta anticompetitiva, por el hecho de cometerse, sin que exista la presencia de una ventaja competitiva que permita a los denunciados prevalecer en el mercado; recordó además, en la resolución del recurso de reposición, que, conforme el análisis técnico efectuado, no se evidencia que exista una mejor condición de los infractores de la norma municipal, o una variación en la estructura del mercado, sino al contrario, se pudo comprobar que no existió una variación en el segmento analizado, lo que se traduce en que no existió tal falseamiento del régimen de competencia alegado por el operador económico PUBLICIDAD SARMIENTO S.A.

Frente al hecho propuesto por los recurrentes y el pronunciamiento de la INICPD, esta autoridad puede evidenciar que, no se ha discutido la informalidad de la publicidad en la vía pública y que los propietarios hayan quebrantado la obligatoriedad que impone, sin embargo esta infracción no es susceptible de control y sanción por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, pues no se encuentra establecida dentro de sus facultades y competencias.

Si observamos el artículo 1 de la LORCPM, no existe posibilidad de duda, que esta entidad se encuentra limitada en su campo de acción, cuando se presenten inicios de conductas anticompetitivas que afecten al mercado o a la generalidad, en el caso

²⁶ COA, artículo 195

puntual y respecto a las conductas desleales, cuando estas sean capaces de alterar negativamente al mercado, de manera real o potencial.

Atendiendo la conducta investigada, es preciso indicar que, en razón que el control del cumplimiento de la norma infringida, así como la imposición de sanciones por esta razón, no son de competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, necesariamente la infracción debe ser declarada y encontrarse en firme, para que así se configure el primer parámetro estructural de la conducta investigada, es decir la infracción de la norma, restando verificar el segundo elemento, la prevalencia en el mercado mediante una ventaja significativa consecuencia de la inobservancia normativa.

Criterio que se comprueba al revisar lo manifestado por el INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual), entidad par de derecho de competencia de la República del Perú, al exponer:

“[...] Los actos de violación de normas tienen como efecto valerse en el mercado de una ventaja derivada de la concurrencia en el mercado, mediante la infracción de normas imperativas. Cabe señalar que dicha ventaja tiene que ser significativa, es decir, que tiene que generar una mejor posición competitiva (en reducción de costos, por ejemplo). La infracción de normas imperativas estará probada en los siguientes casos:

- a) Cuando se pruebe la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente que determine la infracción, siempre que dicha decisión no se encuentre pendiente de revisión.*
- b) Cuando el obligado a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite su tenencia. [...]”²⁷*

Ahora, nuevamente, en relación a la conducta señalada en el numeral 9 del artículo 27 de la LORCPM, se verifica que normativamente no existe la conducta en el margen del derecho de competencia, si no está presente la ventaja significativa.

Para tener mayores elementos de comprensión respecto a la ventaja competitiva significativa el derecho comparado ha señalado:

“La competencia desleal no sanciona el hecho violatorio de la ley, sino la adquisición de una ventaja competitiva significativa dentro del mercado, como consecuencia de la violación de ésta. Esta ventaja, se refleja en una disminución

²⁷INDECOPI, MANUAL MULTIMEDIA “EL ABC DE PREGUNTAS Y RESPUESTAS PARA EVITAR LA COMPETENCIA DESLEAL” <http://servicio.indecopi.gob.pe/utilitarios/ccd/abcpreguntas/pdf/abc.pdf>

de costos o el acceso privilegiado de quien la obtiene frente a los demás participantes en el mercado, quienes cumpliendo cabalmente la ley, se enfrentan a costos significativamente superiores que le impiden competir con el infractor en igualdad de condiciones. [...]”²⁸

En el caso concreto, la información que consta en el expediente y que ha sido remitida por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito –MDMQ-, habla y hace relación a porcentajes generales, recalcando como se mencionó en líneas anteriores que no es tarea de la INICPD, abordar o determinar el incumplimiento de cada administrado de normas de competencia de valoración y sanción del MDMQ. Adicionalmente, durante el periodo de investigación se analizó la información señalada por el recurrente como se evidenció en la resolución ahora recurrida, sin embargo, la misma como ya se ha dicho no establece o individualiza a los operadores económicos responsables, en este sentido y para clarificar esta idea los administrados investigados en sede de la SCPM deben tener en el caso puntual una sanción por parte del MDMQ, y no esperar que esta Superintendencia determine una infracción de una norma particular fuera de la LORCPM, por lo que revisada la resolución impugnada se puede establecer que en la misma se ha analizado dentro de las competencias de la SCPM, la documentación que podía ser utilizada para en caso de existir, determinar una sanción.

Adicionalmente, varios de los documentos aportados por el hoy impugnante en el procedimiento de investigación no eran copias certificadas en ese contexto y conforme lo señala el COA y el COGEP como normas supletorias de la LORCPM, esta documentación no podía ser tomada en cuenta, hecho que fue señalado por la Intendencia y por lo cual no fueron valorados varios documentos en el momento procedimental oportuno.

Ahora corresponde hacer una aclaración que lo señalado por la INICPD en sus resoluciones, responde al momento procedimental que se estaba atendiendo en el caso concreto el Recurso de Reposición, la etapa para presentar y evaluar pruebas ya precluyó, es decir, la fase en la cual se podían analizar estos documentos, informes y cualquier otro elemento que pueda aportar a la formación de la voluntad administrativa ya se cerró conforme fue señalado por el INICPD en la resolución impugnada.

Conforme ya ha sido analizado por la Intendencia, y en esta resolución la conducta de violación de normas no conlleva a que la SCPM establezca o declare responsabilidad respecto de una norma ajena a la LORCPM, en relación a operadores económicos, sino que por el contrario lo que se busca con esta conducta es en líneas generales determinar si el incumplimiento a una determinada norma genera un efecto de ventaja significativa en el mercado, adicionalmente a los dos otros elementos

²⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 04987 de 2004, de 9 de marzo de 2004, Juan Pablo Montoya Roldán vs. Sociedad Productos Yupi S.A.

citados *ut supra*, en consecuencia, conforme la verdad procesal que obra en el expediente, la Intendencia ha señalado de manera determinante que no existe ventaja competitiva significativa alguna o una ventaja en el mercado, postulado con el que concuerda esta Autoridad

En el presente caso, los hechos investigados y las acciones de los operadores investigados no reúnen los requisitos y presupuestos de la tipología señalados en la doctrina y en la propia LORCPM, en consecuencia no se podría establecer sin espacio a duda la existencia de una práctica desleal; esto atado que la administración pública en sus procedimientos administrativos sancionadores debe tutelar y garantizar los derechos Constitucionales y aplicar los principios de *in dubio pro administrado* y certeza en sus sanciones.

9.2.2.- Errónea determinación de la temporalidad de la infracción.-

Conforme lo analizado en líneas anteriores esta Autoridad concuerda con el análisis y conclusiones desarrolladas por la Intendencia en relación a la temporalidad de la infracción, señalando incluso que esta determinación se la ha realizado en atención al principio de primacía de la realidad, conforme a la documentación remitida por el MDMQ y la cual puede servir de sustento para establecer responsabilidades, es decir, la Intendencia utilizó como elemento para la determinación de la temporalidad, las resoluciones que han causado estado y que han sido remitidas en su momento por la AMC, recalando que la Superintendencia no puede suplir la facultad de control de la AMC, adicionalmente se ha analizado, el resto de documentación a la que hace alusión el impugnante, los cuales son informes y reportes que no establecen responsabilidad directa de los operadores económicos investigados por la autoridad competente, en consecuencia, mal podría partirse de una primera premisa que no tenga un hecho concreto (sancionado por la autoridad competente) y que derive luego del ejercicio deductivo en una conclusión que establezca en este caso una responsabilidad.

Es importante mencionar que tanto en el expediente y en la resolución impugnada se han realizado análisis respecto a la temporalidad de la posible conducta a investigar, y uno de los parámetros más importantes para esta determinación, es la fecha en la cual operador económico ahora impugnante Publicidad Sarmiento, obtuvo la concesión para la colocación de publicidad exterior esto es abril de 2018, por lo tanto es coherente lo señalado por la Intendencia que toma esa fecha como punto de partida para analizar si los operadores económicos investigados obtuvieron una ventaja significativa en el mercado con relación al hoy impugnante, ya que como se ha señalado la SCPM, no sanciona, *per se*, el incumplimiento de la normativa que regula la obtención o concesión de licencias para publicidad externa –competencia de la AMC-, sino que analiza el impacto o la consecuencia que este incumplimiento genera o da una posición de ventaja en el mercado, y de ser el caso sanciona dicha conducta en tanto y en cuanto afecte el derecho de competencia.-

DÉCIMO.- CONSIDERACIÓN ADICIONAL.-

La Constitución de la República del Ecuador, impone que cada entidad estatal debe actuar conforme a las atribuciones que le otorga el marco normativo, pues la carta constitucional reza:

“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.”

En esta secuencia, conforme lo determinado en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se verifica únicamente cuando existe riesgo de daño a la generalidad y respecto de prácticas desleales, esta autoridad debe ocupar sus esfuerzos a procurar, “(...) 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.”²⁹.

El ámbito en el cual existe esta competencia lo dispone la ley, en el artículo 2, disponiendo:

“[...] 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. [...]”

Ateniendo al objeto y ámbito de aplicación de la LORCPM, por los cuales la SCPM debe salvaguardar la efectiva competencia en el mercado, mediante la prevención y prohibición de conductas anticompetitivas, efectuadas por operadores económicos que produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional; en concordancia con el criterio general de evaluación de las conductas contenido en el artículo 4³⁰ del Reglamento para la aplicación de la LORCPM –RLORCPM-, se encuentra que los actos de competencia desleal regulados en los artículos 25, 26, 27 de la LORCPM, más allá de contar con el requisito de calificación de “desleal” (acto contrario a los usos o costumbres honestos), deben encontrarse cualificados para que resulten reprochables por la normativa, es decir, deben tener la aptitud para impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

²⁹ LORCPM, artículo 1

³⁰ RLORCPM.- “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.”

En esa perspectiva de trato del derecho de competencia desleal, sabiéndose que la conducta debe contraer la aptitud de distorsionar el mercado, es decir, que sea determinable a partir de ella si impide, restringe, falsea o distorsiona el orden público en el mercado relevante que para cada caso sea definido, se encontrará que, si la fuerza de presencia dentro del campo de actuación del operador económico que comete la práctica deshonesto no puede afectar el ámbito de aplicación que tiene la LORCPM, esa conducta está por fuera de la tutela de esta Superintendencia.

En este sentido y en aplicación del principio de colaboración que rige a la Administración Pública, se conmina al ilustre Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, para que realice los procedimientos de control y emita las sanciones correspondientes por las presuntas inobservancias a la Ordenanza 001, en lo relacionado a la Licencia para Publicidad Exterior y en caso de detectar que estos incumplimientos puedan generar afectaciones al mercado y al derecho de competencia se remita la información con los respaldos respectivos para que en el ámbito de las potestades de la SCPM, se proceda a investigar y de ser el caso sancionar a los distintos operadores económicos que se encontrarían infringiendo lo dispuesto en la LORCPM.

Con base a los elementos de derecho expuestos, es evidente que, en el presente caso, no se han configurado las condiciones inherentes al numeral 9 del artículo 27 de la LORCPM, y que la resolución impugnada guarda relación con la verdad procesal que obra en el expediente impugnado.

DÉCIMO PRIMERO.- RESOLUCIÓN.-

Por las consideraciones expuestas, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2, y el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE: UNO.- RECHAZAR** el Recurso de Apelación presentado Ricardo Vladimir Flores Farías y Erick Hinojosa Castro, quienes comparecen en calidad de Apoderados de la Sucursal Extranjera PUBLICIDAD SARMIENTO S.A., en contra de la Resolución de 08 de diciembre de 2021, emitida por la Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; **DOS.- RATIFICAR** la Resolución de 08 de diciembre de 2021, emitida dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-018-2021; **TRES.- CONMINAR** al ilustre Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, que a través de la entidad competente, amparado en los principios de eficiencia, eficacia y celeridad que rigen a la administración pública, inicie o de ser el caso continúe con las acciones pertinentes que permitan controlar y sancionar a los distintos operadores económicos que no cuenten con la Licencia Metropolitana Urbanística de Publicidad Exterior fija (LMU-41).

DÉCIMO SEGUNDO.- NOTIFICACIONES.-

De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la Disposición General Segunda de la Resolución No. SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020, que determina: *“Para notificaciones se priorizará el uso de los correos electrónicos*



señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones”; además que, mediante Resolución No. SCPM-DS-2020-13 de 13 de marzo de 2020 se resolvió: “(...) Adoptar y autorizar la implementación del teletrabajo emergente en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (...)”; y, en razón que el peligro de contagio de COVID 19 es latente, con el objeto de evitar riesgos en la salud de las personas que intervienen en la tramitación de este expediente administrativo, notifíquese con la presente providencia: **a)** Al operador económico **PUBLICIDAD SARMIENTO S.A.**, a los correos electrónicos: rflores@sarmientolatam.com; ehinojosa@sarmientolatam.com; pcevallos@cevallospabogados.com; maraque@cevallospabogados.com; fnunez@corporacionlegal.ec; jfsalazar@corporacionlegal.ec; y, dortiz@sarmientolatam.com; **b)** Al operador económico **INDUVALLAS CÍA LTDA**, a los correos electrónicos: jrbcbustamante.com.ec kirinagbustamante.com.ec y htorresbustamante.com.ec; **c)** Al operador económico **GRAN COMERCIO CIA. LTDA.**, a los correos electrónicos: jorge.cordova@grancomercio.com.ec; **d)** Al operador económico **SERVICIOS PUBLICITARIOS CREAMEDIOS S.A.**, a los correos electrónicos: jrbcbustamante.com.ec kirinagbustamante.com.ec y htorresbustamante.com.ec; **e)** Al operador económico **AKTIVARMED MEDIOS PUBLICITARIOS S.A.**, a los correos electrónicos: jrbcbustamante.com.ec kirinagbustamante.com.ec y htorresbustamante.com.ec; y, **f)** Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

DÉCIMO TERCERO.- Continúe actuando en calidad de Secretaria de Sustanciación en el presente expediente, el abogado Carlos Vásquez Jaramillo.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

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

Abg. Carlos Vásquez Jaramillo
SECRETARIO DE SUSTANCIACIÓN