

Resolución No. SCPM-DS-034-2014

Pedro Páez Pérez
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

CONSIDERANDO

- Que, el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador señala que: *"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"*
- Que, el numeral 6 del artículo 132 de la Constitución de la República del Ecuador establece que: *"(...) Se requerirá de ley en los siguientes casos: 6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales. "*
- Que, el inciso primero del artículo 213 de la Carta Fundamental señala: *"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 "*
- Que, el artículo 226 de la Norma Suprema determina que: *"Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. 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 "*
- Que, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, fue creada mediante la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011, como un órgano técnico de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa;
- Que, el inciso segundo del artículo 37 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder Mercado establece: *"(...)La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que*

puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación";

- Que, el numeral 2 del artículo 38 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder Mercado establece que: *"La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos, ejercerá las siguientes atribuciones: (...) 2. Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley";*
- Que, el numeral 13 del artículo 38 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder Mercado señala, que dentro de las atribuciones de la Superintendencia se encuentra la de: *"Requerir a las instituciones públicas que considere necesario, la implementación de acciones adecuadas para garantizar la plena y efectiva aplicación de la presente Ley";*
- Que, el numeral 6 del artículo 44 de la Ley de la materia señala como atribuciones del Superintendente de Control del Poder de Mercado *"(...) 6. Elaborar y aprobar la normativa técnica general e instrucciones particulares en el ámbito de esta Ley";*
- Que, dentro de las atribuciones del Superintendente de Control del Poder de Mercado, determinadas en el numeral 16 del artículo 44 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se establece la de *"Expedir resoluciones de carácter general, guías y normas internas para su correcto funcionamiento";*
- Que, el artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, contiene la facultad para adoptar medidas preventivas en sede administrativa.
- Que, el inciso tercero de la disposición General Primera de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder Mercado preceptúa que: *"(...) 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. ";*
- Que, el artículo 74 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado indica: *"El órgano de sustanciación y resolución, durante cualquier etapa del procedimiento podrá, a sugerencia del órgano de investigación o a solicitud del denunciante, dictar la adopción de medidas preventivas por el plazo que estimare conveniente (...)"*;
- Que, dentro de las atribuciones conferidas a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, emitido el 28 de septiembre de 2012 y promulgado en la Edición Especial No. 345 del Registro Oficial de jueves 4 de octubre de 2012, el literal e), del numeral 2.1., del Capítulo II del artículo 16, expresa: *"Adoptar las medidas preventivas de conformidad con la ley y el Reglamento"*.

Que, es necesario clarificar el procedimiento administrativo en la adopción de medidas cautelares a fin de generar seguridad jurídica interna y externa, y evitar la discrecionalidad operativa.

Que, la transparencia operativa se logra, también, con normas administrativas escritas, claras y precisas.

En ejercicio de las atribuciones establecidas en la Ley,

RESUELVE EXPEDIR EL:

INSTRUCTIVO ESPECIAL PARA LA APLICACIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS

TÍTULO I COBERTURA JURÍDICA, OBJETO Y ÁMBITO

Art. 1.- COBERTURA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS.- La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, manda en su "Art. 62.- **Medidas preventivas.**- *El órgano de sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación, podrá, a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar medidas preventivas, tales como la orden de cese de la conducta, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, la adopción de comportamientos positivos, y aquellas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Las medidas preventivas no podrán consistir en la privación de la libertad, la prohibición de salida del país o el arraigo. Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar.*

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

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

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

Art. 2.- OBJETO.- El objeto del presente instructivo es establecer el procedimiento para la adopción de medidas preventivas en sede administrativa a fin de prevenir efectos altamente nocivos para el mercado hasta que se emita la Resolución de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, así como asegurar la eficacia de la Resolución definitiva; observándose los principios de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y debido proceso.

Art. 3.- ÁMBITO.- El presente instructivo rige para el nivel interno de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y en todas las Intendencias zonales; así como para las diferentes entidades públicas y privadas, tales como el Registro de la Propiedad, Registro Mercantil, Bolsa de Valores, Superintendencias, Agencias de Regulación y Control y otras que por su naturaleza mantengan inscripciones, depósitos de bienes, acciones, participaciones, valores, derechos reales y de crédito etc., en cuanto a la remisión de información que se pueda generar dentro de la aplicación del presente instructivo; y, operadores económicos; sean estas personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas.

Art. 4.- NATURALEZA JURÍDICA.- Las medidas preventivas, siempre son de naturaleza cautelar, pre ordenadas y dependientes, de modo que no constituyen un fin en sí mismas, ya que están sujetas al principio de modificación durante su vigencia y de caducidad por la no aplicación de la condición jurídica determinante. En consecuencia no constituyen un juzgamiento previo y tampoco son medidas en firme en sede administrativa, lo cual limita el principio de impugnación.

Art. 5.- PRINCIPIO DE UNIDAD PROCESAL.- Toda clase de medidas deberán tomarse por escrito y como parte de cada proceso administrativo.

TÍTULO II PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS

Art. 6.- EMISIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS.- De Acuerdo a La Ley de Regulación y Control del Poder del Mercado en su Art. 62 faculta al órgano de sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación, podrá, a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien hubiere presentado una denuncia tomar medidas preventivas en los casos y la firma allí determinadas.

Las medidas correctivas de resolución final de fase en sede administrativa deberán ser emitidas en la misma resolución.

Art. 7.- CLASES DE MEDIDAS PREVENTIVAS.- Según el Art. 62 de la Ley, el órgano de sustanciación y resolución podrá establecer, entre otras, las siguientes medidas preventivas:

- a. Orden de cese de la conducta.
- b. La imposición de condiciones.

- c. La suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida.
- d. La adopción de comportamientos positivos.
- e. Aquellas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño irreparable que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere.

Las medidas preventivas tienen por objeto asegurar la eficacia de la resolución definitiva en sede administrativa.

Art. 8.- NO PRECLUSIÓN.- En ningún caso la propuesta, adopción, suspensión, modificación o revocación de medidas preventivas suspenderá la tramitación del procedimiento administrativo hasta su resolución final en cada fase.

Art. 9.- LIMITACIÓN OBJETIVA Y SUBJETIVA.- No se podrán dictar medidas preventivas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales y estarán sometidas a los principios de realidad y efecto económico.

Art. 10.- SOLICITUD Y SUGERENCIA.- El órgano de investigación en cualquier etapa del procedimiento de investigación, podrá sugerir a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, previo informe debidamente motivado, la adopción de medidas preventivas, con el fin de asegurar la eficacia de la resolución definitiva.

Si existieren documentos que faciliten la adopción de medidas preventivas, encontrados por el órgano de Investigación o proporcionados por el denunciante, se deberá adjuntar en copias certificadas al informe de sugerencia.

Si la solicitud de adopción de medidas preventivas fuera presentada por un particular, éste lo hará directamente a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, quien enviará una consulta al órgano de investigación que conoce la denuncia materia de la solicitud de medidas preventivas, mediante memorando, para que éste, en el término de quince (15) días de recibida la consulta se pronuncie sobre su pertinencia mediante informe debidamente motivado.

Art. 11.- EVALUACIÓN DE PERTINENCIA Y ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS.- Una vez recibido el informe respecto de la pertinencia o no de la adopción de medidas preventivas, el órgano de Sustanciación y Resolución; esto es, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, tendrá el término de diez (10) días para dictar las medidas que sean adecuadas mediante su resolución motivada.

Art. 12.- INSCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS.- Previo a la notificación a los operadores económicos, se dispondrá inscribir las medidas preventivas tomadas, en los registros públicos pertinentes y/o en otras instituciones que deban cumplir las medidas. La falta de inscripción causará la falta de efectos de la medida, y por dicha omisión serán sancionados el titular y el secretario del órgano que dispuso la medida. En caso de suceder este evento, el secretario pondrá en conocimiento de la Dirección de Administración de Talento Humano para los fines de ley.

Art. 13.- NOTIFICACIÓN.- Una vez adoptadas las medidas preventivas e inscritas, la Comisión de Sustanciación y Resolución notificará a los operadores económicos con la Resolución respectiva, a fin de garantizar el debido proceso y los derechos de los operadores económicos, conforme al principio preventivo procesal civil.

Art. 14.- RECURSOS.- La resolución que imponga medidas preventivas solamente será susceptible de los recursos de ampliación y reposición. No habrá lugar al recurso de apelación por cuanto no es una resolución que ponga fin a una fase administrativa.

Art. 15.- REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN.- De manera simultánea a la notificación a los operadores, cuando corresponda de acuerdo a la naturaleza de la medida, el órgano de Sustanciación y Resolución remitirá oficios a las entidades relacionadas con la actividad presuntamente ilegal, a fin de:

- a. Dar a conocer la medida preventiva adoptada por parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia; y,
- b. Requerir datos específicos en la materia correspondiente a cada institución, a fin de asegurar el cumplimiento efectivo de la resolución de medidas preventivas adoptadas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia.

Art. 16.- MONITOREO DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS.- El órgano de investigación será el encargado de monitorear el cumplimiento de las medidas preventivas adoptadas a fin de verificar que se cumplan y en caso de incumplimiento poner en conocimiento de la Comisión de Resolución de Primera Instancia. El incumplimiento de las medidas cautelares, cuando sean atinentes al operador económico, constituirán un agravante para la aplicación de la sanción a que hubiere lugar.

Art. 17.- MODIFICACIÓN O SUSTITUCIÓN DE LA MEDIDA PREVENTIVA.- Una vez que el operador económico ha sido notificado con la adopción de las medidas preventivas, éste podrá solicitar a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en cualquier momento, se modifiquen las mismas. Para esto, la Comisión remitirá la propuesta recibida mediante memorando y enviará al órgano de investigación para que se pronuncie sobre la pertinencia de lo solicitado mediante informe motivado en el término de treinta (30) días.

Art. 18.- LEVANTAMIENTO O EXTINCIÓN DE LAS MEDIDAS.- Las medidas podrán levantarse o extinguirse observando la Ley, por:

- a. Modificación de la conducta investigada.
- b. Cabal cumplimiento de la resolución definitiva.

Los costos de inscripción de las medidas preventivas, serán de cuenta del operador económico procesado.

Art. 19.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD.- En todo caso, los órganos competentes para la adopción de medidas preventivas de la Superintendencia deberán someter sus actuaciones procesales en forma irrestricta a las normas legales, reglamentarias y conexas.

DISPOSICIONES GENERALES

Primera.- Se deberá obligatoriamente observar el Instructivo Especial para la Gestión Procesal de Expedientes y su Reposición en Caso de Pérdida o Destrucción.

Segunda.- Existirá responsabilidad solidaria entre todos los miembros del órgano que conoce y resuelve la adopción de las medidas preventivas.

DISPOSICIÓN FINAL

La presente Resolución, entrará en vigencia luego de su publicación en el Registro Oficial y Gaceta Administrativa.

Dada en la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, el 05 de mayo del 2014.



Pedro Páez Pérez

SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

SECRETARÍA GENERAL