



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** Comisión de Resolución de Primera Instancia

- **Expediente de la CRPI:** SCPM-CRPI-2015-071
- **Expediente de la IIAPMAPR:** SCPM-IIAPMAPR-002-2014
- **Expediente R.E.R.:** SCPM-IIAPMAPR-002-2014-RER-005-DS
- **Denunciante:** OFICIO

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 22 de diciembre de 2015, a las 10h00.- **VISTOS:** Dentro del presente expediente administrativo, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme el acta de posesión ante el Pleno de la Asamblea Nacional, de fecha 06 de septiembre de 2012 cuya copia certificada consta en el expediente, en uso de mis facultades legales estando el proceso para resolver, **SE CONSIDERA: PRIMERO COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en el Art. 44 numeral 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso extraordinario de revisión que de oficio se ha instaurado.- **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-** La tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, no adolece de vicios de procedimiento ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal, por lo que ésta Autoridad declara la validez del mismo. **TERCERO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-** Mediante memorando No. SCPM-CRPI-2015-0860, se ha puesto en conocimiento de la máxima autoridad la providencia de 11 de diciembre de 2015, expedida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI), integrada por el abogado Juan Emilio Montero, presidente y doctores Agapito Valdez y Marcelo Ortega, Comisionados del órgano de resolución, auto resolutorio que en su parte pertinente dice; *"Notifíquese con la presente providencia al doctor Pedro Páez Pérez, Superintendente de Control del Poder de Mercado, a fin de hacerle conocer que se ha detectado la vulneración al debido proceso y derecho de defensa que le asiste al operador económico CONECEL S.A. y, en el ámbito de sus competencias tome las decisiones que en derecho correspondan (...)"* **CUARTO.- RECTIFICACIÓN.-** Mediante providencia de 15 de diciembre de 2015, a las 15H00, por un *"lapsus calami"* se ha hecho constar al expediente administrativo sustanciado en la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas con el número SCPM-IIAPMAPR-136-2015 y al expediente del Recurso Extraordinario de Revisión el número SCPM-IIAPMAPR-136-2015-RER-005-DS, cuando lo correcto es: Expediente de la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas SCPM-IIAPMAPR-002-2014 y el expediente del Recurso Extraordinario de Revisión es SCPM-IIAPMAPR-002-2014-RER-005-DS, por tanto se corrige el particular, en todo lo demás las partes estén a lo dispuesto en la providencia referida. **QUINTO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-** Una vez analizado el expediente No. SCPM-IIAPMAPR-136-2015, se verifican las siguientes constancias procesales: **1.-** Mediante resolución de 17 de febrero de 2014, a las 16h30, el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, resolvió, iniciar la Investigación Preliminar de Oficio, de conformidad con lo establecido en el artículo 55 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (RLORCPM) (fs. 1). **2.-** Previo a la recepción del informe de investigación preliminar, mediante providencia

f

de 11 de diciembre de 2014, a las 16h40, el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, resuelve iniciar de oficio la fase de investigación en contra del operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A.; las conductas investigadas por la posible comisión de la infracción son aquellas establecidas en el artículo 78, numeral 3, literal d) de la LORCPM. (Fs. 1116 a 1118). **3.-** Mediante Informe SCPM-IIAPMAPR-059-2015, de 20 de abril de 2015, el Director Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado concluyó que, en cuanto al proceso de "notificación" realizados a los propietarios de los bienes inmuebles por parte del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A existen incongruencias, por tanto se determinó que el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A., a esa fecha, no dio cumplimiento a las medidas dispuestas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI) (fs. 1188 a 1194) **4.-** Mediante providencia de 22 de abril de 2015, a las 16h10, el doctor Wagner Mantilla, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de ese momento, dispone correr traslado con el Informe de Resultados No. SCPM-IIAPMAPR-059-2015 de 20 de abril de 2015 al operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones "CONECEL S.A ", se observa que en la providencia no se corre traslado con la formulación de cargos que dispone el Art. 58 de la LORCPM, en concordancia con el Art. 68 del Reglamento de Aplicación de la LORCPM. (fs.1195). **5.-** Mediante escrito de 15 de mayo de 2015, a las 13h07, CONECEL S.A., presenta sus excepciones (fs. 1197 a 1249). **6.-** Mediante providencia de 18 de mayo de 2015, a las 12h10, se dispuso la apertura del término de prueba por 60 días. (fs. 1205).- **7.-** Con fecha 13 de octubre de 2015, el Abg. Eduardo Esparza Paula, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas emite el Informe SCPM-IIAPMAPR-136-2015, dentro del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-2014-002, en el cual solicita a la CRPI lo que sigue: *"(...) el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A. ha adecuado su conducta al tenor de los (sic) dispuesto en el artículo 78 numeral 3, literal d) de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, al haber incumplido con la resolución de medidas preventivas ordenada mediante providencia de 30 de abril de 2013 por la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. (...) De conformidad con lo establecido en el artículo 70 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado y de acuerdo a los elementos recabados en la investigación y desarrollados en el presente informe se propone la imposición de la multa al sujeto infractor, (...) en el caso que se considere la sanción al presunto infractor, se publique la sanción en firme, su cuantía, el nombre del sujeto infractor y la infracción cometida. Como medida correctiva se propone la eliminación de las cláusulas de exclusividad de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles en donde se instalan la infraestructura para el funcionamiento de las radio bases que hayan sido suscritos, y que se suscriban con el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., así como la suscripción de un Código de Ética en un evento pro-competencia que sea organizado y costado por el operador económico antes mencionado, al cual se deberá convocar a medios de comunicación con cobertura nacional"* (fs. 1554- 1586). **8.-** Con fecha 18 de noviembre de 2015, a las 16h15 la CRPI avoco conocimiento del Informe No. SCPM-IIAPMAPR-136-2015 del 13 de octubre de 2015, relativo al presunto incumplimiento de medidas preventivas, expedido por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado (IIAPMAPR) y se apertura el expediente No. SCPM-CRPI-2015-071.- **9.-** Mediante providencia de 24 de noviembre de 2015, a las 11h50, la CRPI corre traslado al operador económico CONECEL S.A., con el Informe No. SCPM-IIAPMAPR-136-2015 y concede el término de diez (10) días para que se presenten las alegaciones a las que el operador económico



se creyere asistido. **10.-** Con escrito de 09 de diciembre de 2015, CONECEL S.A., presenta sus observaciones respecto del informe del cual se corrió traslado. **11.-** El 11 de diciembre de 2015, a las 15h55 la CRPI expide la providencia en la cual en el numeral V de los considerandos refiere, “(...) *al no existir pronunciamiento sobre la formulación de cargos y que su falta de notificación vulnera la garantía básica del derecho al debido proceso establecida en el numeral 1 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador que determina: “Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes” y, la determinada en el literal a), numeral 7 del artículo 76 que establece: “Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento”;* y por lo expuesto en el auto dispone, “*Notifíquese con la presente providencia al doctor Pedro Páez Pérez, Superintendente de Control del Poder de Mercado, a fin de hacerle conocer que se ha detectado la vulneración al debido proceso y derecho de defensa que le asiste al operador económico CONECEL S.A. y, en el ámbito de sus competencias tome las decisiones que en derecho correspondan (...)*”. La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 76 prescribe “*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: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. (...) h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.*”; el artículo 82 ibídem dice: “*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*”, en concordancia con lo expuesto, la Ley Orgánica de Régimen de Control del Poder de Mercado (LORCPM) en el Art. 58 manifiesta: “*Término de excepciones.- Concluida la investigación, de haber mérito para proseguir el procedimiento, el órgano de sustanciación ordenará se notifique con la denuncia y **formulación de cargos al denunciado**, a fin de que la conteste y deduzca excepciones en el término de quince días.(...)*” (lo resaltado me pertenece). El Art. 65 en sus incisos primero y tercero del mismo cuerpo legal establece, “*Legitimidad, ejecutividad y ejecutoria.- Los actos administrativos emanados de las autoridades de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sus órganos y funcionarios, se presumen legítimos y están llamados a cumplirse desde su notificación. Los actos administrativos son impugnables según dispone el artículo 173 de la Constitución de la República y están revestidos del carácter de estabilidad administrativa. (...) El Superintendente podrá revocar en cualquier momento sus actos o los actos emitidos por órganos inferiores, de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico*”; de igual forma el Art. 68 de la LORCPM dice, “*Recurso extraordinario de revisión.- El Superintendente, los consumidores o los agentes de mercado que tengan un interés legítimo, podrá interponer recurso extraordinario de revisión, con el objeto de que el Superintendente pueda revisar los errores materiales, de hecho o de derecho existentes en los actos administrativos, aparición de pruebas o elementos posteriores o vicios existentes en los actos administrativos o resoluciones de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. El plazo para interponer este recurso es de 3 años desde que el acto o resolución recurrida haya quedado en firme. El recurso extraordinario de revisión se interpone sólo contra actos firmes. El Superintendente podrá revocar en cualquier momento sus actos o los actos emitidos por*

órganos inferiores, de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico". De la revisión del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-136-2015 sustanciado en la IIAPMAPR, se verifica el incumplimiento de lo dispuesto en el Art. 58 de la LORCPM, por cuanto de la constancia procesal no se evidencia que se haya efectuado la formulación de cargos al denunciado; tal como lo dispone el artículo ya referido y lo enfatiza el inciso primero de Art. 68 del Reglamento de Aplicación a la LORCPM que dice "*Término de excepciones.- El órgano de investigación notificará al denunciante y al presunto responsable o responsables con el informe de resultados de la investigación. El órgano de investigación notificará con una copia de la denuncia y formulación de cargos a fin de que la conteste y deduzca excepciones en el término de quince (15) días*". La formulación de cargos dentro de una investigación administrativa es el acto procesal mediante el cual se hace saber al investigado que existen indicios de responsabilidad en su contra y que podrían tener como resultado la imposición de una sanción; esta formulación deberá estar debida y legalmente motivada, para que el administrado tenga plena certeza de los cargos que se le imputan y pueda ejercer su derecho a la defensa y de ser el caso desvirtuar lo aseverado por la autoridad. Si bien el informe de resultados No. SCPM-IIAPMAPR-059-2015 de 20 de abril de 2015, concluye que el operador económico CONECEL S.A., no ha dado cumplimiento a la medida preventiva impuesta por la CRPI, esta es una conclusión que es puesta en conocimiento del Intendente correspondiente, sin embargo no constituye una acusación o formulación de cargos en los términos exigidos por la LORCPM, por tanto no estamos frente a un formulación de cargos sino a una conclusión en un informe técnico jurídico, y que su aprobación no es obligatoria, por tanto no genera ningún efecto sobre el investigado. De autos consta que sin perjuicio de los manifestado anteriormente el órgano de investigación continuó con el procedimiento establecido por la LORCPM y actúo prueba, respetando lo establecido en la norma jurídica aplicable la que se practicó en base a lo previsto en el informe. Constituye un principio constitucional de seguridad jurídica y de derecho, que las partes investigadas en un expediente sin importar la naturaleza o materia a la que se refiera, conozcan los motivos y argumentos de hecho y de derecho que se les atribuyen; así lo expresa la jurisprudencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (hoy Corte Nacional de Justicia), que establece: "*CONCEPTO DE SEGURIDAD JURIDICA.- El concepto de la seguridad jurídica alude al conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros; que propuesto como principio constitucional, significa que el orden jurídico proscriba cualquier práctica en el ejercicio del poder que conduzca a la incertidumbre, es decir, a la imposibilidad de anticipar o predecir las consecuencias jurídicas de la conducta (...)*". (1). Se verifica la violación del derecho al debido proceso y a la defensa cuando no se da al operador económico la oportunidad de conocer el cargo que se le hace responsable y a consecuencia de esto se limita su oportunidad de exponer sus razones, de ofrecer y producir pruebas que desvirtúen lo aseverado por la autoridad. Revisado el Informe SCPM-IIAPMAPR-059-2015, de 20 de abril de 2015, suscrito por el Director Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, se evidencia que la infracción analizada es la prescrita en el literal d), numeral 3, del artículo 78 de la LORCPM, sin tomar en cuenta que la IIAPMAPR en la primera providencia de fecha 17 de febrero de 2014, en el considerando décimo primero refiere lo prescrito en el Art. 78 numeral 1 literal d) que dice, "*Infracciones.- Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves. 1. Son infracciones leves: (...) d. Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución de la*

¹ Año CIV. Serie XVII. No. 11. Página 3428. (Quito, 11 de julio de 2002) Gaceta Judicial 12 de 11-jul-2002.



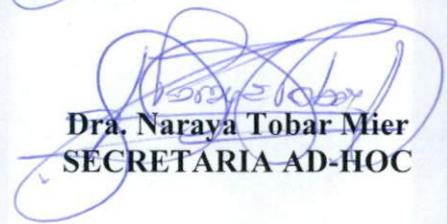
13
Trece

Superintendencia de Control del Poder de Mercado”; que por razones de oportunidad y proporcionalidad debe ser considerado en el informe que será base de la decisión de la IIAPMAPR.- **SEXTO.- RESOLUCIÓN.-** Por todo las consideraciones expuestas, amparado en las disposiciones del Art. 44 numeral 2 y Art. 68 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y en el Art. 1014 del Código de Procedimiento Civil que dice: “*La violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso; y los juzgados y tribunales declararán la nulidad, de oficio o a petición de parte, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiere influir en la decisión de la causa, (...)*”, esta Autoridad **RESUELVE: Primero.-** DE OFICIO declarar la nulidad de todo lo actuado en el expediente administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-002-2014, sustanciado en la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, a partir de fojas 1188 inclusive, hasta la presente fecha, se deja salvo todos los instrumentos públicos que se encuentren incorporados en el expediente; en fundamento al numeral 8 del Art. 130 del Código Orgánico de Función Judicial que dice: “**FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.-** Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: (...) 8. Convalidar de oficio o a petición de parte los actos procesales verificados con inobservancia de formalidades no esenciales, si no han viciado al proceso de nulidad insanable ni han provocado indefensión”, se convalida todo lo actuado de fojas 1240 a 1259; 1266 a 1417 y 1421 a 1541, puesto que los documentos que se dejan salvos son de carácter técnico e informativo y no vician la validez del expediente. Se incluye en esta declaratoria de nulidad al expediente administrativo sustanciado en la Comisión de Resolución de Primera Instancia signado con el No. SCPM-CRPI-2015-071. **Segundo.-** Esta nulidad se la declara a costa del Dr. Wagner Mantilla Cortez, intendente de la época en la que se verifico la omisión de la formalidad, por tanto póngase en conocimiento de lo actuado a la Dirección de Talento Humano a fin de que se tomen las acciones correspondientes.- **Tercero.-** Notifíquese con la resolución que se provee a la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado y se dispone que en el término de cinco días emita el informe de resultados y la correspondiente formulación de cargos, en el que se considere la pertinencia de la aplicación del Art. 78 numeral 1 literal d de la LORCPM y se continúe con el proceso de la investigación. De igual forma póngase en conocimiento de lo actuado a la Comisión de Resolución de Primera Instancia a fin de que actúen conforme a derecho. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**



Pedro Páez Pérez

SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO



Dra. Naraya Tobar Mier
SECRETARIA AD-HOC

