73.
Setenta y tres

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** Intendencia Investigación Prácticas Desleales
- **Expediente Intendencia:** SCPM-IIPD-2015-008
- **Expediente Apelación:** SCPM-IIPD-2015-008-A-006-DS
- **Denunciante:** Marina de Lourdes Garzón Ruiz
- **Denunciado:** OTECEL S.A.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 12 de junio del 2015, a las 09h09.- 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, cuya copia certificada consta en el expediente, en uso de mis facultades legales, estando el proceso para resolver, **SE CONSIDERA: PRIMERA.- INCORPORACIÓN DOCUMENTAL.-** Agréguese al expediente los siguientes documentos: **1.-** Escrito de fecha 14 de abril de 2015, presentado por la señora Marina Garzón, mediante el cual designa como su abogada patrocinadora a la Ab. Connie Frías. **2.-** Escrito de fecha 16 de abril de 2015, presentado por la señora Marina Garzón, en el cual ratifica lo actuado por la Ab. Frías. **3.-** Memorando Nro. SCPM-IIPD-2015-130-M, de fecha 17 de abril de 2015, suscrito por el Ab. Javier Freire, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, mediante el cual remite el expediente SCPM-IIPD-2015-008 al Superintendente de Control del Poder de Mercado (S). **4.-** Escrito de fecha 20 de abril de 2015, presentado por el señor Mario Navarrete Serrano, en representación de OTECEL, en el que solicita se corra traslado con el recurso de apelación. **5.-** Escrito de fecha 27 de abril de 2015, presentado por la señora Marina Garzón, en el que manifiesta: *"(...) amparada en el artículo 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, (...) quiero presentar a su autoridad el oficio expedido por la ARCOTEL por la cual se autoriza recién a partir del 17 del mes de abril de 2015 el uso de la denominación 4G a las tres operadoras móviles. Además adjunto también el comunicado de prensa del día de hoy 27 de abril de 2015, por el cual el Dr. Alejandro Venegas Cortázar exhorta a la Ministra Coordinadora de la Producción y Competitividad y al Superintendente de Control del Poder de Mercado que investigue el perjuicio causado a los consumidores por parte de Movistar por el uso del término 4G sin tener concesión en años anteriores (...)"*. **6.-** Memorando No. SCPM-IZ8-241-2015, de fecha 27 de abril de 2015, suscrito por el Econ. Juan Carlos Jácome, Intendente Zonal 8, solicitando copia certificada del expediente SCPM-IIPD-2015-008. **7.-** Memorando SCPM-IIAPMAPR-183-2015-M de fecha 30 de abril de 2015, suscrito por el Dr. Wagner Mantilla Cortés, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, y el escrito presentado que se adjunta al mismo. **8.-**

Memorando Nro. SCPM-IIPD-2015-138-M, de fecha 12 de mayo de 2015, suscrito por el Ab. Javier Freire, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales mediante el cual remite el expediente SCPM-IIPD-2015-008. **9.-** Escrito de fecha 01 de junio de 2015, presentado por la señora Marina Garzón, en el que manifiesta: *"(...) quiero poner en conocimiento de su autoridad la sentencia dictada en el proceso No. 09285-2014-12069 sustanciado en la Unidad Judicial Penal Norte 1 de Guayaquil seguido por la Defensoría del Pueblo en contra de OTECEL S.A. por servicios defectuosos en contra de los consumidores por el uso del término 4G sin tener la concesión en años anteriores (...)".* Adjunta la sentencia antedicha. **SEGUNDA.- COMPETENCIA**.- En virtud de lo dispuesto en el Art. 44 numeral 2 de la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso de Apelación interpuesto. **TERCERA.- 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 esta Autoridad declara la validez del mismo. **CUARTA.- LEGALIDAD DEL RECURSO**.- La impugnante, ha presentado su Recurso de Apelación dentro del término legal, cumpliendo así el principio de oportunidad garantizado en la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado en el Artículo 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 del 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. El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo recurrido. Transcurrido dicho término sin haberse interpuesto el recurso, el acto administrativo será firme para todos sus efectos. El recurso se concederá solo en el efecto devolutivo. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de 60 días calendario. Contra el acto o resolución que conceda o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa". **QUINTA.- PROVIDENCIA IMPUGNADA**.- La señora Marina de Lourdes Garzón Ruiz, mediante escrito de fecha 13 de abril de 2015, presenta RECURSO DE APELACIÓN a la resolución emitida el 13 de marzo del 2015 por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, dentro del expediente No. SCPM-IIPD-2015-008, que dice: *"(...) **Tercero.-** No existiendo mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento de investigación y por cuanto la falta de evidencia en la afectación al interés general en el presente caso, no llega a determinar que el uso de una sola valla publicitaria, utilizada por la compañía denunciada merme de manera significativa la libertad de elección o conducta del consumidor. Asimismo no ocurre una afectación al normal funcionamiento del mercado, en cuanto*

al legítimo interés de la parte actora, quién no ha justificado un beneficio perdido o un perjuicio causado, en relación al servicio ofrecido por el operador económico OTECEL S.A., con su producto velocidad 4G, además no existiendo una ventaja competitiva significativa, no se configuran los elementos necesarios para determinar la infracción de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. En virtud de lo expuesto y de conformidad con lo previsto en el artículo 57 de la LORCPM, se ordena el archivo de la denuncia (...)"

SEXTA.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO DEL RECURSO INTERPUESTO POR LA RECURRENTE.- *"(...)* ***ACTO ADMINISTRATIVO APELADO.*** *El acto administrativo que RECURRO e impugno a través del presente recurso de apelación, se expidió por parte de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales el 13 de abril del 2015, dentro del procedimiento administrativo Nro. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2015-008, el cual por su peculiar estructura formal se torna imprescindible señalar el punto que se recurre: "Tercero.- No existiendo mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento de investigación y por cuanto la falta de evidencia en la afectación al interés general en el presente caso, no llega a determinar que el uso de una sola valla publicitaria, utilizada por fa (sic) compañía denunciada merme de manera significativa la libertad de elección o conducta del consumidor. Así mismo, no concurre una afectación al normal funcionamiento del mercado, en cuanto al legítimo interés de la parte actora, quien no ha justificado un beneficio perdido o un perjuicio causado, en relación al servicio ofrecido por el operador económico OTECEL S.A., con su producto velocidad 4G, además no existiendo una ventaja competitiva significativa, no se configuran los elementos necesarios para determinar la infracción de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. En virtud de lo expuesto y de conformidad con lo previsto en el artículo 57 de la LORCPM, se ordena el archivo de la denuncia" (...) II CRITERIO FIRME DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES DICTADO EL 09 DE SEPTIEMBRE DEL 2011,* Señor *Superintendente, luego de leer las razones o explicaciones tanto del intendente como del denunciado, debo exponer ante Usted en su calidad de Máxima Autoridad, que ingresé mi denuncia en calidad de actora ciudadana, de consumidora y usuaria de la Empresa OTECEL, quien considero realizó publicidad engañosa al exponer falsa información sobre un servicio que presta o que ofrece a todos los clientes de OTECEL y a quienes podrían optar por cambiar de operadora móvil; razón por la que basé mi criterio para presentar la denuncia en un acto firme de la Autoridad de Telecomunicaciones en el Ecuador SUPERTEL, quien además ya sancionó previamente a OTECEL por el mismo hecho: "Articulo 1.- Declarar que la empresa OTECEL S.A., al anunciar en varios medios de comunicación (televisión, internet y prensa escrita) a sus usuarios, la prestación*

de servicios de telecomunicaciones de la red HSPA+(sic) como de cuarta generación (4G). La misma que conforme lo determina el informe técnico No.IT-DPS-2011-168 de 26 de julio de 2011, no es de cuarta generación, en consecuencia dicha información no es veraz, ni completa, ni adecuada, por lo que OTECEL S.A., contravino lo dispuesto en la cláusula Cuarenta y uno "derecho de los usuarios" (....) "incurre en la infracción tipificada en el artículo 28 letra h de la ley especial de telecomunicaciones". "Artículo 2.- imponer a la empresa OTECEL S.A., la sanción económica por el valor equivalente a cincuenta salarios mínimos vitales vigentes del trabajador en general (...) "Articulo 3.- Disponer a la empresa OTECEL S.A., que retire de los medios de comunicación (televisión, internet y prensa escrita) el anuncio a sus usuarios o abonados, sobre la prestación de sus servidos de telecomunicaciones, como de cuarta generación (4G)" (...) ***ANTECEDENTE DE HECHOS.-*** *Señor Superintendente, producto de la resolución de archivo del intendente con peculiaridades que expondré debidamente, me he sentido motivada en investigar más sobre el tema, todo lo cual me permite exhortarle se analicen más consideraciones a las inicialmente expuestas, en esta apelación: La publicidad es la herramienta preferida de los comerciantes para crear una imagen de sus productos, pero también para despertar en los consumidores nuevos deseos o necesidades. Definitivamente se puede decir que la publicidad permite a un consumidor (cliente o no) hacer una comparación entre productos o servicios de distintos competidores; es decir, la publicidad de las empresas de telecomunicaciones nos trasmiten información que nos sirve para asignar nuestros recursos de acuerdo a las preferencias. Sin embargo para que esta decisión o asignación de recursos, como es la selección del proveedor o de un servicio, sea "eficiente", es imprescindible contar con la mayor cantidad de información "posible" la cual debe necesariamente incluir las características, cualidades y condiciones de comercialización de ese servicio o producto que se ofrece. Economista Páez, la publicidad expuesta en todo tipo de medios de comunicación es una herramienta empleada por las empresas para dar a conocer información relevante de sus servicios ofrecidos para que la ciudadanía al momento de escoger o comparar las compare en relación a las otras empresas que prestan servidos similares y que por lo tanto como ocurre en este caso, se beneficie la empresa denunciada por el hecho de que los consumidores actuales u otros soliciten un servicio que no es real y que no existe y que OTECEL nunca ha explicado en lo que realmente consiste causando daños a las demás empresas CLARO y CNT porque sus clientes decidirán cambiarse de operador si toman en cuenta la publicidad de OTECEL que como indico es engañosa (...)* <u>*la Omisión del Denunciado:*</u> *(...) la termino logia "4G", hace referencia a las velocidades de transmisión a las cuales puede llegar un terminal en una red inalámbrica de telecomunicaciones (...)* <u>*De la Omisión Culposa del denunciado*</u>*:En comunicado de prensa de 18 de enero de 2012, la Asamblea de Radio*

Comunicaciones de la UIT (...) acordó las especificaciones para las tecnologías móviles de la próxima generación, determinando que debía concederse la designación oficial de IMT-Avanzadas a la tecnología "LTE-avanzada" y a la MANInlambricas-avanzadas- las cuales equivalen a instalar en un teléfono móvil una conexión con una velocidad de al menos 100 Mbps (...) debemos hacernos las siguientes preguntas: (...) 1. OTECEL cumplía al 18 de enero de 20121a velocidad de hasta 100Mbps? 2. Las redes SMA al 18 de enero de 2012 de OTECEL pueden considerarse que cumplen con las características que implica la velocidad de 4G? 3. Contaba OTECEL al 18 de enero de 2012 con la tecnología IMT-Avanzada? De no contar con IMT- Avanzada ni con una velocidad al menos 100 Mbps más rápida que 3G, por qué implementó la denominación 4G en su publicidad informativa a pesar de que según oficio ITC.2012-1178 la SUPERTEL notificó al denunciado que (...) "Las redes SMA implementadas por OTECEL (...) no pueden ser consideradas como redes de cuarta generación, pues no tienen implementados, sistemas LTE- Avanzada y-o Wireless MAN-Avanzada (...)?, Si bien reconozco la experticia de su Autoridad y de su cuerpo de asesores; en mi razonamiento ciudadano, si la SUPERTEL expresamente ordena en 2012 a OTECEL, "no ofertar ni comercializar a usuarios, servicios de cuarta generación mientras no tenga implementada una Red de Cuarta Generación 4G."; la empresa denunciada en los años 2010, 2011, 2012 y 2013 no contaba con la concesión del Estado ecuatoriano que le permita implementar la TECNOLOGIA LTE-Avanzada, por lo que es válida mi afirmación de que la publicidad comercial buscó hacer creer al usuario, cliente o potencial cliente, que el servido de telecomunicaciones de OTECEL en esas fechas, podría ser más rápido que el resto de operadores, cuando en realidad estaban llegando a una velocidad de transmisión significativamente menor de la ofertada bajo las tecnologías amparadas bajo el paraguas de la denominada "4G". ***IV. DE LA PUBLICIDAD FALSA O ENGAÑOSA.*** *(...) La Publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servidos cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios, provocando una falsa impresión que suscita expectativas razonables que los bienes y servicios NO pueden satisfacer (...)* ***DE LA LEGITIMACIÓN PARA PRESENTAR LA DENUNCIA Y LA PRESENTE APELACIÓN*** *(...) Siendo en este caso que al ser consumidora de los servicios prestados y ofrecidos por OTECEL y según lo indicado en la Constitución de la República que busca resguardar los derechos de los usuarios y consumidores me he visto afectada por el engaño de una empresa en la que he confiado por varios años y que al parecer engaña a sus clientes por medio de su publicidad. Aun sin ser usuaria de OTECEL mis derechos se ven afectados frente al engaño de la operadora, a tal punto que fueron la causa para que decida terminar con el contrato y cambiarme de empresa de telecomunicaciones. También, la doctrina de García de Enterría manifiesta que la acción pública o popular constituyen situaciones especiales de*

legitimación. La acción pública se basa en el supuesto de que la Ley habilita a cualquier persona para ejercer acciones en defensa de la legalidad, con la finalidad de garantizar intereses colectivos y no de propios derechos o intereses legítimos, por lo cual no necesitan ser invocados. "Puede actuarse incluso en protección de derechos de terceras personas (...) ***VII. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO*** *(...) el cumplimiento del DERECHO CONSTITUCIONAL al debido proceso por parte de la Intendencia, no solo se da mediante la posibilidad de presentar denuncias a los ciudadanos, sino también permitiéndole solicitar y producir las pruebas "(sic)" que necesarias para demostrar la violación a un derecho, situación que va de la mano con la obligación de la autoridad de realizar todo acto necesario para la averiguación de los hechos que se denuncian (...)* ***IX. PRETENCIÓN.*** *Por lo expuesto, pido a Usted Señor Superintendente en su calidad de autoridad jerárquica superior con competencia para conocer el presente recurso de apelación en virtud de lo que indica el Artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que:* ***1.*** *Declare la nulidad de pleno derecho y extinción del ACTO ADMINISTRATIVO dictado el 13 de marzo del 2015 por la IIPD, dentro del procedimiento administrativo signado con No. SCPM·IIPD-EXP-2015-008, por el que se declara el archivo de la denuncia presentada por limitar ilegalmente el derecho y los principios rectores del derecho administrativo sancionador como la adecuada motivación de un acto administrativo, así como también los derechos garantizados por la Constitución de la República como la tutela efectiva, la defensa, seguridad jurídica y debido proceso de manera general al ser vicios de imposible subsanación* ***2.*** *Retrotraiga los efectos de la resolución de archivo de la denuncia y por lo tanto se continúe dando trámite a la denuncia para que se investiguen los hechos denunciados de manera adecuada.* ***3.*** *Se ordene el inicio de la investigación en consonancia con lo dispuesto en el Artículo 56 de la LORCPM al existir indicios suficientes para la determinación de una infracción a la LORCPM en consonancia a las afectaciones reales y potenciales a los usuarios de telecomunicaciones móviles en el Ecuador y de sus derechos consagrados en la Constitución de la República y la LORCPM producto de la emisión de una publicidad engañosa emitida por OTECEL.* ***4.*** *En consecuencia de ello, declare la nulidad de calificación como confidencial de las justificaciones presentadas por OTECEL en contestación a la denuncia presentada por no reunir las características necesarias para ser considerada como tal y por ende por violar el derecho a la defensa de mis intereses y derechos constitucionales.* ***5.*** *Remitir copias certificadas del expediente No. SCPM-IIPD-EXP-2015-008 en su totalidad conteniendo las explicaciones presentadas por OTECEL para así efectivizar la garantía del debido proceso y el derecho a la defensa de mis intereses y de los consumidores frente a los hechos denunciados (...)".* **SEPTIMA.- MEMORIA PROCESAL.-** Dentro del expediente consta: **1.-** De fojas 1 a 8, consta la denuncia presentada por la señora Marina de Lourdes Garzón Ruiz en contra de la

empresa OTECEL S.A., con fecha 23 de enero de 2015, mediante la cual expresa: *"(...) Soy cliente de la empresa Movistar desde aproximadamente el año 2000 (...) resulta así señor Superintendente que la empresa oferto por muchos y múltiples medios de comunicación, un servicio llamado 4G, donde destacaba los beneficios y virtudes, publicidad masiva que se dio a partir de los años 2010, 2011, 2012, y se mantuvo hasta mediados del 2012. Según Movistar el servicio estaba disponible en las ciudades de Guayaquil, Quito y otras, razón por la cual me he mantenido con el servicio de telefonía celular de la empresa identificada. Señor Páez, como usted ha dicho, empoderémonos de nuestros derechos e investigando, me encuentro con que la EMPRESA OTECEL S.A., Movistar, NUNCA CONTO CON EL SERVICIO 4G, hecho que me ha corroborado un vendedor de la empresa estatal CNT de telecomunicaciones, al decirme que solo ellos tienen ese servicio. Con el fin de sustentarle a usted mi denuncia formal, busque información de la Autoridad de Telecomunicaciones, quienes me dieron copia de los oficios que anexo y en los cuales se pone al descubierto el engaño histórico de Movistar en el 4G. La burla a los consumidores entre las cuales me encuentro, al bienestar general y en general al Estado Ecuatoriano por parte de la transnacional ha sido pública y notoria, pues en noticias de mayo 2012 que existen en el internet y adjunto a la presente, la Autoridad de telecomunicaciones en el País, ya le había prohibido o limitado la publicidad en radio, Tv, prensa escrita, internet, vallas publicitarias, trípticos y demás medios audiovisuales; así como también le obligó a informarnos a sus clientes y resto de pueblo ecuatoriano, la información verdadera, HECHO QUE NO SUCEDIO. Se vuelve necesario exponer lo que dice la resolución St-2012-0314 de la SUPERTEL en su página 3 a 6, así: "la operadora no aporta descargos que contradigan la existencia del hecho imputado, o que constituyan un eximente de responsabilidad, por lo que se sugiere que el informe técnico No. IT-DPS-2012-083 del 26 de junio de 2012 sea considerado como prueba suficiente para destruir la presunción de inocencia de la expedientada". Resolviendo el Superintendente de telecomunicaciones en tal documento público. "Artículo 1.- Declarar que la empresa OTECEL S.A. al haber exhibido en la ciudad de Guayaquil una valla publicitaria relacionada con la Velocidad 4G, incumple con lo establecido en la cláusula número Doce punto diecisiete del contrato de concesión". **Superintendente Páez,** debe usted actuar en resguardo del bienestar general de los consumidores que como yo, adulto mayor hemos sido históricamente engañados por la trasnacional (...)* ***PETICIÓN CONCRETA.-*** *Con los antecedentes de hecho y de derecho expuestos en el texto de esta denuncia solicitamos Señor Superintendente de Control del Poder de Mercado que se adopten las siguientes peticiones: 1. Que se consideren todos los argumentos de hecho y de derecho, los anexos y pruebas presentadas por mí y todas las que la autoridad pueda recabar, dentro de la presente denuncia para la resolución de la causa. 2. Que se declare al operador económico OTECEL S.A., infractor de la*

LORCPM, por haber incurrido en la conducta desleal prevista en el artículo 27 numeral 2.9.10 de la norma citada. 3. Que se aplique la máxima sanción determinada en la ley. 4. Que se notifique a la denunciada en el domicilio incorporado en la denuncia para el efecto (...)". **2.-** De fojas 24 a 29, consta la Resolución No. ST-2012-0314, de fecha 09 de agosto de 2012, suscrita por el Ing. Fabián L. Jaramillo Palacios, Superintendente de Telecomunicaciones, mediante la cual **RESUELVE:** *"**Artículo 1.-** Declarar que la empresa OTECEL S.A. al haber exhibido en la ciudad de Guayaquil una valla publicitaria relacionada con la "Velocidad 4G", inobservando la resolución emitida por la SUPERTEL en el oficio ITC-2012-01178; incumple con lo establecido en la cláusula número DOCE PUNTO DIECISIETE (12.17) del Contrato de Concesión; e incurre en la infracción tipificada en el artículo 28, letra h) de la Ley Especial de Telecomunicaciones. **Artículo 2.-** Imponer a la empresa OTECEL S.A., la sanción económica por el valor equivalente a Cincuenta Salarios Mínimos Vitales Generales, esto es, US$ 200,00 (DOSCIENTOS DOLARES 00/100) (...) "(sic)" **Artículo 3.-** Disponer a la empresa OTECEL S.A. que, en adelante cumpla con lo dispuesto en: la cláusula contractual número 12.17 del Contrato de Concesión vigente y en el oficio No. ITC-2012-01178 de 4 de mayo de 2012 (...)".* **3.-** De fojas 30 a 37, consta la Resolución No. ST-2011-0400, de fecha 09 de septiembre de 2011, suscrita por el Ing. Claudio Rosas Castro, Superintendente de Telecomunicaciones (S), mediante la cual **RESUELVE:** *"**Artículo 1.-** Declarar que la empresa OTECEL S.A., al anunciar en varios medios de comunicación (televisión, internet, y prensa escrita), a sus usuarios, la prestación de servicios de telecomunicaciones de la red HSPA+, como de cuarta generación (4G), la misma que conforme lo determina el Informe Técnico No. IT-DPS-2011-168 de 26 de julio de 2011, no es de cuarta generación; en consecuencia dicha información no es veraz, ni completa, ni adecuada; por lo que OTECEL S.A., contravino lo dispuesto en la Cláusula **Cuarenta y uno,** "Derechos de los Usuarios" número **CUARENTA Y UNO PUNTO DOS (41.2),** del contrato de concesión vigente; e, incurre en la infracción tipificada en el artículo 28, letra h) de la Ley Especial de Telecomunicaciones, que establece que constituye infracción: "Cualquier forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o **contractuales** en materia de telecomunicaciones (...) **Artículo 2.-** Imponer a la empresa OTECEL S.A., la sanción económica por el valor equivalente a cincuenta salarios mínimos vitales vigentes del trabajador en general, esto es, Doscientos Dólares (USD 200,00) (...)".* **4.-** A foja 42, se evidencia la providencia de fecha 06 de febrero de 2015, mediante la cual el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales avoca conocimiento del expediente SCPM-IIPD-2015-008. **5.-** De fojas 117 a 126, consta la resolución de fecha 13 de marzo de 2015, suscrita por el Ab. Javier Freire Núñez, en la que **RESUELVE.-** *"(...) **Tercero.-** No existiendo mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento de investigación y por cuanto la falta de evidencia en la*

afectación al interés general en el presente caso, no llega a determinar que el uso de una sola valla publicitaria, utilizada por la compañía denunciada merme de manera significativa la libertad de elección o conducta del consumidor. Asimismo no ocurre una afectación al normal funcionamiento del mercado, en cuanto al legítimo interés de la parte actora, quién no ha justificado un beneficio perdido o un perjuicio causado, en relación al servicio ofrecido por el operador económico OTECEL S.A., con su producto velocidad 4G, además no existiendo una ventaja competitiva significativa, no se configuran los elementos necesarios para determinar la infracción de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. En virtud de lo expuesto y de conformidad con lo previsto en el artículo 57 de la LORCPM, se ordena el archivo de la denuncia (...)" **6.-** De fojas 139 a 154, se encuentra el escrito de fecha 13 de abril de 2015, suscrito por la señora Marina de Lourdes Garzón Ruiz, mediante el cual interpone recurso de apelación a la resolución del 13 de abril de 2015, dentro del procedimiento administrativo Nro. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2015-008. **OCTAVA.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.- 1.-** La recurrente, interpone recurso de apelación a la resolución emitida el 13 de abril de 2015 por el Ab. Javier Freire Núñez, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dentro del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2015-008, en su escrito manifiesta textualmente *"(...)* ***II CRITERIO FIRME DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES DICTADO EL 09 DE SEPTIEMBRE DEL 2011.-*** *Señor Superintendente, luego de leer las razones o explicaciones tanto del intendente como del denunciado, debo exponer ante Usted en su calidad de Máxima Autoridad, que ingresé mi denuncia en calidad de actora ciudadana, de consumidora y usuaria de la Empresa OTECEL, quien considero realizó publicidad engañosa al exponer falsa información sobre un servicio que presta o que ofrece a todos los clientes de OTECEL y a quienes podrían optar por cambiar de operadora móvil; razón por la que basé mi criterio para presentar la denuncia en un acto firme de la Autoridad de Telecomunicaciones en el Ecuador SUPERTEL, quien además ya sancionó previamente a OTECEL por el mismo hecho: "Articulo 1.- Declarar que la empresa OTECEL S.A., al anunciar en varios medios de comunicación (televisión, internet y prensa escrita) a sus usuarios, la prestación de servicios de telecomunicaciones de la red HSPA+ como de cuarta generación (4G). La misma que conforme lo determina el informe técnico No. IT-DPS-2011-168 de 26 de julio de 2011, no es de cuarta generación, en consecuencia dicha información no es veraz, ni completa, ni adecuada, por lo que OTECEL S.A., contravino lo dispuesto en la cláusula Cuarenta y uno "derecho de los usuarios" (....) "incurre en la infracción tipificada en el artículo 28 letra h de la ley especial de*

telecomunicaciones". "Artículo 2.- imponer a la empresa OTECEL S.A., la sanción económica por el valor equivalente a cincuenta salarios mínimos vitales vigentes del trabajador en general (...) "Articulo 3.- Disponer a la empresa OTECEL S.A., que retire de los medios de comunicación (televisión, internet y prensa escrita) el anuncio a sus usuarios o abonados, sobre la prestación de sus servidos de telecomunicaciones, como de cuarta generación (4G)". **2.-** Por lo expuesto se colige que la Superintendencia de Telecomunicaciones mediante la Resolución No. ST-2012-0314 de fecha 09 de agosto de 2012 (fs. 24 a 29); y, en la Resolución No. ST-2011-0400 de fecha 09 de septiembre de 2011(fs. 30 a 37) ya conoció los mismos hechos, y existe un pronunciamiento de sanción al operador económico infractor. Es menester en este punto ceñirnos al mandato constitucional, que en su artículo 213 dispone: *"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 (...)", en concordancia con el artículo Art. 35 de La Ley Especial de Telecomunicaciones (registro oficial y fechas), que señala: "Las funciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones, son: (...) c) El control de los operadores que exploten servicios de telecomunicaciones; d) Supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión para la explotación de los servicios de telecomunicaciones; i) Las demás que le asigne la Ley y el Reglamento (...)", norma que guarda estrecha relación con el Art. 110 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones que dice: "La Superintendencia de Telecomunicaciones es el organismo técnico responsable de ejercer la función de supervisión y control de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas del sector de las telecomunicaciones a fin de que sus actividades se sujeten a las obligaciones legales reglamentarias y las contenidas en los títulos habilitantes (...)".* En la denuncia presentada con fecha 23 de enero de 2015 por parte de la señora Marina de Lourdes Garzón Ruiz en contra de la empresa OTECEL S.A., se hace referencia a hechos que vienen ejecutándose desde el año 2010 hasta la presente fecha, sin embargo, en esa época se encontraba vigente la Ley Especial de Telecomunicaciones y su Reglamento General de Aplicación, es decir que los preceptos legales anotados en líneas anteriores, dieron la pauta y base para establecer la competencia del órgano investigador y resolutor, por tanto, el organismo facultado para investigar, determinar responsabilidad y sancionar era la Superintendencia de Telecomunicaciones. Actualmente se encuentra vigente la Ley Orgánica de Telecomunicaciones publicada en el Registro Oficial No. 439 de 18 de febrero de 2015, y por la facultad legal

establecida en el cuerpo normativo referido, se otorga al Gobierno Central la atribución de realizar el control de los comportamientos denunciados por la recurrente a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. **3.-** Adicionalmente, como referencia, hay que indicar que mediante oficio No. SCPM-IZ8-2764-2015, de fecha 16 de abril de 2015, de Guayaquil, suscrito por el Econ. Juan Carlos Jácome Ruíz, dirigido al señor Casas Aljama José Manuel, Representante Legal de OTECEL S.A., por el cual se le convoca a una entrevista el día martes 21 de abril de 2015, con el fin de conocer sobre los hechos denunciados por el Dr. Alejandro Vanegas Cortázar, referencia a la que hago hincapié en virtud del exhorto público que realiza el aludido profesional al Superintendente de Control del Poder de Mercado y a la Ministra Coordinadora de la Producción y Competitividad, el mismo que se publicó en el diario EL COMERCIO con fecha 27 de abril del 2015, el cual expone: *"(...) que investiguen el presunto perjuicio al que fueron expuestos los consumidores ecuatorianos con la campaña, aparentemente engañosa de Telefónica Movistar en los años 2011 y 2012 que les ofrecía servicio de internet móvil a máxima velocidad 4G (...)"*. Al respecto, es menester analizar que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM- entró en vigencia el 13 de octubre del 2011, y en el numeral Tercero de las Disposiciones Transitorias manifiesta: *"(...) Los procesos que se hubieren iniciado por las Autoridades de la Subsecretaría de Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad, por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, la Superintendencia de Telecomunicaciones, la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones (...) antes o a partir de la vigencia de esta Ley, seguirán tramitándose de conformidad con las siguientes reglas: a. Ley Sustantiva. Dichos procesos se tramitarán de conformidad con las normas sustantivas vigentes al tiempo del cometimiento de las presuntas infracciones sujetas a investigación (...) c. Autoridad. Todos los procedimientos y sus correspondientes expedientes iniciados por autoridades tales como la Subsecretaría de Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad, por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, la Superintendencia de Telecomunicaciones, la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual y cualquier otra autoridad pública continuarán siendo conocidos por las referidas autoridades. Una vez que el Superintendente de Control de Poder de Mercado haya asumido legalmente posesión de su cargo, determinará el plazo para que todos los procedimientos en curso y sus respectivos expedientes sean remitidos a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, la que continuará con su tramitación bajo los criterios sustantivos y adjetivos de aplicación de la ley en el tiempo antes indicado (...)"*.Como se ha manifestado, el órgano competente para realizar la investigación del caso denunciado era la Superintendencia de Telecomunicaciones, el hecho que la denunciante presente nuevamente su acción en contra de OTECEL S.A. con fecha 23 de enero de 2015 ante esta Institución, no quiere

decir que esta Autoridad sancione hechos que al momento de cometerse ya estaban siendo investigados por la Institución facultada para ese efecto, más aún cuando ya existen dos pronunciamientos resolutorios en los cuales se sanciona a la empresa OTECEL S.A. en los años 2011 y 2012, sin embargo, tutelando los derechos y garantías de la denunciante consagrados en la Constitución y la Ley, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, realizó la investigación pertinente y en base a la misma resolvió *"(...)No existiendo mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento de investigación y por cuanto la falta de evidencia en la afectación al interés general en el presente caso (...)no ocurre una afectación al normal funcionamiento del mercado, en cuanto al legítimo interés de la parte actora, quién no ha justificado un beneficio perdido o un perjuicio causado, en relación al servicio ofrecido por el operador económico OTECEL S.A., con su producto velocidad 4G, además no existiendo una ventaja competitiva significativa, no se configuran los elementos necesarios para determinar la infracción de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (...)"*, en ese sentido, el medio procesal por el cual las facultades de esta Superintendencia se ven afectadas para conocer y resolver esa denuncia, fueron dadas por la Competencia en razón del tiempo y en razón de la materia que tenía la Superintendencia de Telecomunicaciones, así, el debido proceso realizado por esa Institución en la investigación a OTECEL S.A., avanzó por fases y así, cada etapa del mismo fue extinguiéndose por el tiempo hasta finalmente derivar en una resolución, la actora reconoce haber tenido conocimiento de las denuncias y resoluciones emanadas por la Superintendencia de Telecomunicaciones en contra de OTECEL S.A., las cuales constan en el proceso. Es decir que se ha demostrado en la denuncia presentada y en las resoluciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones, que existe identidad objetiva, acción que nace sobre la misma cosa y hecho, fundándose en la misma causa, consecuentemente existe preclusión del acto administrativo, es decir que este acto procesal impide un nuevo proceso de acuerdo al mandato constitucional. Al referirnos a lo manifestado en la denuncia de la actora de fecha 23 de enero de 2015, que en su parte pertinente expresa *"(...) la empresa denunciada en los años 2010, 2011, 2012 y 2013 no contaba con la concesión del "(sic)" Estado ecuatoriano que le permita implementar la TECNOLOGIA LTE-Avanzada, por lo que es válida mi afirmación de que la publicidad comercial buscó hacer creer al usuario, cliente o potencial cliente, que el servido de telecomunicaciones de OTECEL en esas fechas, podría ser más rápido que el resto de operadores, cuando en realidad estaban llegando a una velocidad de transmisión significativamente menor de la ofertada bajo las tecnologías amparadas bajo el paraguas de la denominada "4G" (...)"*, se puede evidenciar que las conductas son continuadas, sin embrago éstas ya fueron sancionadas por el órgano competente en el momento que se suscitaron, en ese contexto la Superintendencia de Control del Poder de Mercado no puede pronunciarse por un acto que se conoció y

-79-
Folio y firma

resolvió por otro organismo del Estado facultado para tal efecto, así también, la garantía constitucional "non bis in ídem" establecida en el Art. 76 de la Constitución de la República manda: *"(...) 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: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia (...)".* El Derecho Administrativo otorga a los órganos de la administración pública la facultad de conocer y resolver los casos denunciados por personas naturales o jurídicas según su competencia, así los actos administrativos emanan por su naturaleza la facultad o potestad de sancionar a dichas personas por actos que éstas cometan, imponiendo para dicho efecto correcciones o sanciones sean pecuniarias o de otra índole. Por ello, el Derecho Administrativo se ha desarrollado estableciendo diferentes campos de regulación, control, protección, de garantías y de sanción. Al tenor del Art. 76 numeral 7, letra i) de la Constitución de la República, aludido en líneas anteriores, establece que nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa, es decir que, las resoluciones emanadas por la Superintendencia de Telecomunicaciones por los actos cometidos por la empresa OTECEL S.A. en los años 2011 y 2012 ya fueron sancionados. La tutela constitucional referida va más allá de los efectos que generen las resoluciones, pues, al existir resoluciones sancionatorias por parte del órgano de control, mal se podría entablar otra sanción por la misma causa, la protección a las personas es una garantía constitucional establecida en el artículo 76 de la Carta Magna, tácitamente resguarda y no permite que el Estado repita procesos en contra de personas naturales o jurídicas que ya fueron procesadas, en tal virtud, solo requiere que haya un proceso iniciado por determinado hecho para no iniciar otro por la misma causa, sin perjuicio de la sentencia o resolución que se dé a la misma. Así, las resoluciones de la administración pública son en principio inalterables, y encuentra su cimiento en el principio de legalidad, ejecutoriedad, legitimidad y debido proceso, en virtud de los cuales no se puede volver a iniciar una acción en contra de una misma persona, una misma materia e invocando idénticas razones en un mismo período. El artículo 76 de la Constitución de la República también prevé 1. *"Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes (...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (...)",* el trámite propio para este tipo de denuncias, se sustanció en el momento oportuno con observancia al debido proceso efectuado por la Superintendencia de Telecomunicaciones según su competencia, por lo que esta Autoridad no podría pronunciarse al respecto. **4**.- Adicionalmente, del texto

de la sentencia que adjuntó la recurrente mediante escrito de fecha 01 de junio de 2015 dictada dentro del proceso No. 09285-2014-12069 que se sustanció en la Unidad Judicial Penal Norte 1 de Guayaquil seguido por la Defensoría del Pueblo en contra de OTECEL S.A., se desprende que la Ab. Madeline Pinargote Valencia, Esp., Jueza de Garantías Penales de la Unidad Judicial Penal Norte 1 de Guayaquil resolvió: *"(...) declara con lugar la denuncia propuesta por AB. ROBERTO XAVIER CAIZAHUANO ANDRADE (...) por cuanto se ha podido comprobar que la entidad accionada ha transgredido las disposiciones de la Constitución de la República del Ecuador y de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su Reglamento, al haber engañado a sus consumidores, publicando un servicio que no podía ni estaba autorizada a brindar al momento de ejecutar la publicidad engañosa, por lo que con fundamento en lo dispuesto en el Art. 72 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, por todo lo antes expuesto, se sanciona a la compañía OTECEL (MOVISTAR), al máximo de la multa referida en la norma, esto es la suma de CUATRO MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US $ 4000.00) disponiendo además que, cumpliéndose los parámetros establecidos en el Art. 60 del Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la compañía infractora rectifique la publicación sancionadora, mediante avisos públicos que deberían ser emitidos simultáneamente en tres canales de televisión cobertura nacional y a través de publicaciones en tres diarios impresos de circulación nacional, por tres días consecutivos. Finalmente, acorde a lo establecido en el numeral tercero del Art. 86 de la Constitución de la República del Ecuador, se dispone que la denunciada pague al denunciante a manera de indemnización, la suma de diez remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general, esto es la suma de TRES MIL QUINIENTOS CUARENTA DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US $ 3540.00) así como las costas procesales generadas y las del abogado patrocinador del denunciante (...)".* Por lo tanto, al existir un pronunciamiento de un órgano judicial que conoció la conducta que hoy se denuncia en esta Institución, y que versa sobre el mismo hecho, el mismo sujeto pasivo, se vuelve inaceptable un pronunciamiento por parte de ésta autoridad respecto de esas conductas, independientemente de existir distinto sujeto activo, el hecho generador del proceso es el mismo y el órgano competente para conocer, tramitar y resolver es otro distinto al de esta Autoridad, más aún, cuando la motivación de la Ab. Madeline Pinargote Valencia, Esp., Jueza de Garantías Penales de la Unidad Judicial Penal Norte 1 de Guayaquil se basa en preceptos constitucionales y legales, específicamente en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. **5.-** Finalmente, es necesario evidenciar el principio universal del derecho consistente en que nadie poder ser procesado y sancionado dos veces por los mismos hechos, principio conocido como NON BIS IN IDEM. El tratadista ecuatoriano Dr. José García Falconí, dice: *"LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL NON BIS IN IDEM-. El distinguido colega Dr. David Gordillo Guzmán en su tesis de*

maestría de la Universidad Técnica del Norte, señala que los tres requisitos para que proceda la excepción de cosa juzgada, establecida en el Art. 297 del Código de Procedimiento Civil, son: 1. ***Identidad subjetiva (eaedem personae):*** *constituida según nuestra legislación por la intervención de algunas partes. Debe tratarse del mismo accionante y accionado "...identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho". 2.* ***Identidad objetiva (eadem res):*** *consiste en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho. El objeto o beneficio jurídico que se solicita (no el objeto material) debe ser el mismo, es decir lo que se reclama "...identidad objetiva consiste en que se demanda la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho"; 3.* ***Identidad de la causa de pedir (eadem causa petendi):*** *el hecho jurídico material que sirve de fundamento al derecho reclamado debe ser el mismo, fundándose en la misma causa, razón o derecho. Es decir, el por qué se reclama". De tal modo que para que la cosa juzgada tenga efecto en otro juicio, es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con la que lo fueron; esto es que haya la triple identidad antes señalada.[...] La jurisprudencia española de la Sala Segunda del 24 de marzo de 1971 señala en la parte fundamental lo siguiente aclarando que el Art. 24 numeral 16 de la Constitución Política del Ecuador de 1998 solamente señalaba "Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa", en cambio hoy la Constitución vigente señala en la parte pertinente "...y materia". Dicha jurisprudencia extranjera dice "El esencial principio humanitario del non bis idem imposibilita dos procesos y dos resoluciones iguales o diferentes, sobre el propio tema o el mismo objeto procesal, en atención a los indeclinables derechos de todo ser humano a ser juzgado únicamente una vez por una actuación presuntamente delictiva, y a la importante defensa de los valores de seguridad y justicia que dominan el ámbito del proceso criminal. (...) la imposibilidad de dos procesos diferentes y dos resoluciones distintas sobre el mismo objeto procesal -efectos negativos y positivos de la cosa juzgada- sobre la base de las identidades subjetiva, objetiva y de pretensión -eadem res ieadem causa pretendi- son el efecto característico de no poder seguirse y decidirse un proceso posterior cuando se haya resuelto con firmeza otro posterior".* Al respecto la Corte Constitucional de Colombia, ha manifestado: "PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-Derecho fundamental/PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-Finalidades constitucionales/PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-Forma parte del debido proceso.- *El derecho fundamental a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, pretende asegurar que los conflictos sociales que involucran consecuencias de tipo sancionatorio no se prolonguen de manera indefinida, además de evitar que un mismo asunto obtenga más de una respuesta de diferentes autoridades judiciales, en procesos que tengan identidad de sujeto, objeto y causa, siendo su finalidad última la de*

racionalizar el ejercicio del poder sancionatorio en general, y especialmente del poder punitivo. Por eso, no solo se aplica a quien está involucrado en un proceso penal, sino que en general rige en todo el derecho sancionatorio (contravencional, disciplinario, fiscal, etc.), pues el artículo 29 dispone que [e]l debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y el non bis in ídem hace parte de los derechos que se entienden asociados al debido proceso". Por lo expuesto, es inconstitucional procesar y sancionar a una persona dos veces por los mismos hechos. **NOVENA.- RESOLUCIÓN**.- Por todo lo expuesto, amparado en las disposiciones del Art. 44, numeral 2 y Art. 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad **RESUELVE: Primero.-** Negar el recurso de apelación interpuesto por la señora Marina de Lourdes Garzón Ruiz por cuanto la Superintendencia de Telecomunicaciones ya ha sancionado al operador económico OTECEL S.A., por los mismos hechos materia de la denuncia, y hacerlo nuevamente violaría el principio de Non Bis in Idem garantizado por la Constitución de la República del Ecuador.- **Segundo**.- Remítase el expediente original y una copia certificada del Recurso de Apelación signada con el número SCPM-IIPD-2015-008-A-006-DS a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales.- NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

Pedro Páez Pérez
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.

Dr. Daniel Vásconez
SECRETARIO AD-HOC