



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

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-RER-006-DS
Denunciante: Marina de Lourdes Garzón Ruiz
Denunciado: OTECEL S.A.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 24 de marzo de 2016, a las 08h45.- **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 y como máxima autoridad he promovido.- **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.-** El Art. 68 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado dice: "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" **CUARTO.- ANTECEDENTE GENERADOR.-** La Abg. Patricia Ayala en calidad de Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, mediante memorando No. SCPM-IIPD-371-2015 de 17 de diciembre de 2015, pone en conocimiento de ésta autoridad jerárquica el informe de casos archivados, en él, se hace constar observaciones respecto de la resolución de archivo de fecha 13 de marzo de 2015, emitida por la misma Intendencia, dentro del caso SCPM-IIPD-2015-008, y en su análisis sostiene: "(...) 1.- No se trata de "una sola valla", sino del incumplimiento a los requerimientos de la Superintendencia de Telecomunicaciones, sentando de manera continua su incumplimiento a sacar del mercado la publicidad con

[Firma]

respecto a 4G sin estar autorizado, por otro lado, una sola valla pudo influenciar indebidamente al consumidor. Por otro lado, una sola valla, fue lo que quedó de toda la publicidad que se expuso. La valla no ha "mermado", es decir, ha reducido la capacidad de elección del consumidor, puesto que más bien lo ha inducido a creer que OTECEL brindaba servicio que no estaba autorizado, por lo que más bien pudo determinarse no sólo como actos de engaño a través de la publicidad (art. 27, num. 2) sino como Influencia indebida contra los consumidores aprovechándose del desconocimiento (art. 27, num. 10). 2.- No se puede establecer con precisión la afectación al mercado porque no existe un informe económico del mercado relevante, en especial no se ha investigado cómo se benefició OTECEL, en cuanto a la venta de equipos telefónicos. 3.- Aunque es evidente que para que una denuncia prospere debe existir legítimo interés y la propia LORCPM en su artículo 53 lo configura, no es necesario que el beneficio sea para el denunciante, sino del bienestar general, puesto que ciertamente no solucionamos temas entre pares, y las denuncias ante esta entidad no son para resarcir los daños que sufren los consumidores (...). **QUINTO.- ANTECEDENTES PROCESALES.- 1.-** De 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, se desprende: "(...) resulta así señor Superintendente que la empresa oferto (sic) 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 (...) 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 (...) 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, (...) 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 SUCEDIÓ (...) con los antecedentes de hecho y de derecho expuestos en el texto de esta denuncia solicitamos (...) 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" (1 a 8 Exp. SCPM-IIAPD-2015-008). **2.-** En la resolución de fecha 13 de marzo de 2015, suscrita por el Ab. Javier Freire Núñez, se 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 (...)” (117 a 126 Exp. SCPM-IIAPD-2015-008). **3.-** Mediante escrito de fecha 13 de abril de 2015, suscrito por la señora Marina de Lourdes Garzón Ruiz, interpone recurso de apelación a la resolución del 13 de abril de 2015 (fs. 139 a 154 Exp. SCPM-IIAPD-2015-008); el mismo que es atendido por el Dr. Pedro Páez Pérez, Superintendente de Control del Poder de Mercado, con fecha 12 de junio del 2015, a las 09h09, en el que resolvió: “*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*”. **4.-** Mediante Memorando SCPM-IIPD-371-2015, de fecha 17 de diciembre de 2015, suscrito por la Ab. Patricia Ayala Happe, Intendenta de Investigación de Prácticas Desleales, se pone en mi conocimiento el informe de casos archivados del año 2015, en los que se evidencia el proceso número SCPM-IIPD-2015-008, con fecha de cierre del caso, el 13 de marzo de 2015, y en lo relacionado a éste expediente sostiene: “(...) *Con estos antecedentes, solicito, por principio y reglas de ponderación constitucional, precaviendo el interés y bienestar general, se sirva reconsiderar la resolución emitida el 12 de junio del presente año, y revoque la misma, bajo el recurso extraordinario de revisión por los posibles errores materiales, de hecho o de derecho de la resolución del recurso de apelación, dentro del expediente respectivo disponiendo la continuación de la investigación (...)*”. **5.-** Memorando SCPM-IIPD-1-2016-M, de 16 de febrero de 2016, recibido el 01 de marzo de 2016, suscrito por Marlon Vinuesa Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, mediante el cual realiza un Informe Ampliatorio sobre el archivo del caso SCPM-IIPD-2015-008, y manifiesta en la Conclusión y Recomendación, lo siguiente: “(...) *Dentro del recurso extraordinario de revisión la SCPM deberá considerar los errores materiales de hecho o de derecho que evidencie para disponer la continuación de la investigación, para que una vez culminada la misma, con sustento en hechos previamente investigados y en los principios, marco legal y reglamentos correspondientes, emita una resolución plenamente fundamentada (...)*”

SEXTO.- ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN.- 1.- De los documentos que versan en el expediente, se puede determinar que la señora Marina de Lourdes Garzón Ruiz afirma en el texto de su denuncia: “(...) *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 (...)*”. No existe ningún medio de verificación en el expediente que

compruebe las aseveraciones de la actora, por tanto, no se puede considerar a una mera manifestación como un hecho cierto, el Art. 48 de la LORCPM, expresa que la carga de la prueba corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin perjuicio de las pruebas aportadas por el denunciante y el denunciado; es decir, que todo hecho debe ser probado, la especulación de acontecimientos no faculta a la Intendencia a prescindir de la prueba. 2.- De la resolución de archivo de 13 de marzo del 2015 emitida por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales se desprende: “(...) *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 (...)*”. Esta afirmación no es concordante con el objeto y espíritu de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), la Superintendencia no investiga las preferencias o las conductas de los consumidores, mucho menos la libertad de elección de cada individuo, sino las posibles conductas anticompetitivas que pueden realizar los operadores económicos y que se encuentran tipificadas como infracciones a la ley de la materia, en este caso, la denuncia fue realizada por conductas desleales, al respecto, el Art. 25 de la LORCPM, dice: “(...) 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 (...)”. (Lo subrayado me pertenece). Como se desprende del expediente, la falta de evidencia a la que refiere la resolución, se encuentra limitada a la exposición de una sola valla publicitaria, no se demuestra que se haya realizado un examen que determine si la publicidad se la presentó en otros medios de comunicación, que otros operadores económicos publicitaron la tecnología o velocidad 4G, o sobre el efecto causado en la libre competencia del mercado de telecomunicaciones con relación a los hechos denunciados; del mismo modo, en el expediente tampoco existe un informe que compruebe que se verificó in situ la existencia de la publicidad. El penúltimo inciso del mismo artículo manifiesta: “(...) *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 (...)*”. En ese sentido, las sanciones establecidas por la Supertel no tienen una sanción mayor dispuesta en la normativa que le regía, en comparación con la que se puede establecer con la aplicación de la LORCPM. Inicialmente el órgano competente para conocer y sancionar los hechos ocurridos respecto de la publicidad engañosa denunciada, era la Superintendencia de Telecomunicaciones,



y la normativa vigente, esto es la Ley Especial de Telecomunicaciones, sin embargo, obsérvese que, la Supertel al emitir la Resolución de 9 de septiembre de 2011, no estaba vigente la LORCPM, y cuando el mismo organismo emitió la Resolución de 09 de agosto de 2012, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, no funcionaba aún, pues, el Superintendente que es la Máxima Autoridad, no actuó sino hasta el 06 de septiembre de 2012, fecha en la cual fue posesionado; consecuentemente, la entidad facultada para el control del comercio justo procurando el bienestar general, es la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, competencia que radica a partir de la publicación de la LORCPM, en el Registro Oficial 555 de 13 de octubre de 2011, es decir que, la Supertel teniendo la facultad legal, hasta la expedición de la LORCPM de juzgar temas de competencia, no lo hizo, y sancionó la conducta como una infracción contractual. 3.- En la misma resolución el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, indica: "(...) Asimismo no ocurre una afectación al normal funcionamiento del mercado (...) 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 (...)". Situación que no se ajusta a la realidad de la denuncia, así como tampoco se evidencia en el expediente cosa material, valor, hecho, suceso, informe de funcionamiento del mercado o prueba, que corrobore dicha afirmación, por lo tanto, el Intendente inobserva el Art. 27 numeral 2 de la LORCPM, que establece: "Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre (...) las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado (...)"; es decir que las acciones que realicen los operadores económicos dentro del mercado, deben velar por principios de buena fe, respeto a sus competidores, buscando puntos estratégicos de desarrollo en regímenes de crecimiento y perfeccionamiento de los productos que producen, comercializan, y especialmente presentando en su publicidad las condiciones y características reales de los bienes que ofertan o de los servicios que prestan. El Intendente en su resolución señala la base normativa y principios jurídicos de sustento que validan su acto administrativo de archivo, sin embargo en él no explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, por lo cual incurre en falta de motivación del acto resolutorio según lo establecido en el Art. 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República. 4.- Respecto al análisis jurídico fáctico de lo resuelto mediante providencia de 12 de junio de 2015, a las 09h09; se ha constatado que efectivamente la Superintendencia de Telecomunicaciones mediante **Resolución No. ST-2012-0314 de fecha 09 de agosto de 2012**, resolvió: "**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 disposición 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 DÓLARES 00/100), (...); del mismo modo mediante **Resolución No. ST 2011-0400, de fecha 9 de septiembre de 2011**, dispuso: "**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**, "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, (...) **Artículo 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 servicios de telecomunicaciones, como de cuarta generación (4G)". El Art. 28, letra h) de la Ley Especial de Telecomunicaciones, vigente a la época, establecía: constituye infracción: "Cualquier forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia de telecomunicaciones", por consiguiente, si bien es cierto que la Superintendencia de Telecomunicaciones era la competente para conocer y resolver los hechos denunciados según lo establecido en la Ley Especial de Telecomunicaciones publicada en el Registro Oficial 996 de 10 de agosto de 1992 y reformas del año 1995, también se puede comprobar que los efectos reales que pudo haber causado y que puede seguir causando la valla y en general la publicidad "4G" al bienestar general, no se investigaron ni se sancionaron en materia de derecho de competencia económica, en el caso concreto por prácticas desleales, tal como se evidencia en la fundamentación de las resoluciones de la Supertel, en las que no se incluye el Art. 28, letra g) y Art. 35, letra g), de la Ley Especial de Telecomunicaciones cuyos textos disponían: "**Art. 28, letra g)** La competencia desleal en la prestación de los servicios de telecomunicaciones (...)" "**Art. 35, letra g)** controlar que el mercado de las telecomunicaciones se desarrolle, en un marco de libre competencia, con las excepciones señaladas en esta ley". Adicionalmente, al ser una conducta que se mantuvo luego de las sentencias de la Supertel tal como se denunció el 23 de enero de 2015 en esta institución, se debe investigar esas conductas a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado -LORCPM- cuerpo legal que establece en las Disposiciones Reformatorias y Derogatorias lo siguiente: "**Primera.-** Deróguense todas las disposiciones contrarias a esta Ley que se encuentren vigentes, así como toda atribución de autoridad nacional en materia de competencia entregada a otros organismos y entes públicos para juzgar y sancionar los asuntos regulados bajo esta Ley (...) **Quinta.-** Deróguense el literal g) del artículo 35 de la Ley Especial de Telecomunicaciones, publicada en el Registro Oficial 996, 10-VIII-1992, sus reformas y toda atribución de autoridades de regulación y control de telecomunicaciones en materia de competencia (...) **Sexta.-** Sustitúyase el literal m)



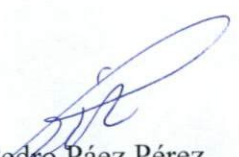
del artículo 88 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada por el siguiente: "m) Dictar recomendaciones para las políticas y normas de promoción, protección y regulación de la libre competencia entre prestadores de servicios de telecomunicaciones. Séptima.- Deróguese la Resolución No. 415-15-CONATEL- 2005, Resolución en materia de Competencia en Telecomunicaciones, publicada en el Registro Oficial 142, de 10 de noviembre de 2005. Octava.- Sustitúyase en el artículo 31 del Reglamento para la Prestación de Servicios de Valor Agregado "Superintendencia de Telecomunicaciones" por "Superintendencia de Control del Poder de Mercado". 5.- Con respecto al principio universal del derecho consistente en que nadie podrá ser procesado y sancionado dos veces por los mismos hechos, principio conocido como NON BIS IN IDEM. Cabe recalcar que no se trata de un nuevo juzgamiento, ya que las sanciones emitidas por la Superintendencia de Telecomunicaciones en contra de OTECEL mediante Resolución No. ST-2011-0400 de fecha 09 de septiembre de 2011; y, Resolución No. ST-2012-0314 de fecha 09 de agosto de 2012; refieren únicamente a la materia de telecomunicaciones y no a derecho de competencia económica, por lo que es fácil colegir que nunca se investigó al operador económico por conductas de prácticas desleales o derecho de competencia; tampoco se resolvió sobre el resultado en la confrontación de la acción de la publicidad 4G existente y el impacto que tuvo en la generalidad. Consecuentemente la entidad facultada para el control del comercio justo procurando el bienestar general, es la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, competencia que radica a partir de la publicación de la LORCPM, en el Registro Oficial 555 de 13 de octubre de 2011. En cuyo Art. 2 se establece el ámbito de la LORCPM que se extiende a "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, (...) en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional (...)", norma que está relacionada con el artículo 336 de la Constitución de la República que impone al Estado el deber de impulsar y velar por un comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, promoviendo la reducción de las distorsiones de la intermediación y promoción de su sustentabilidad, asegurando de esta manera la transparencia y eficiencia en los mercados, mediante el fomento de la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante Ley. 6.- El Art. 70 de la LORCPM, establece: "La facultad de iniciar el proceso administrativo de oficio o a petición de parte al que se refiere esta Ley, prescribe en el plazo de cuatro años, computados desde el día en que se hubiere tenido conocimiento de la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que día en que hayan cesado (...)". En ese contexto, ésta Autoridad ha tenido conocimiento de la denuncia presentada por la señora Marina Garzón Ruíz, el 23 de enero de 2015, por lo que, no ha prescrito su facultad investigativa. 7.- La Administración Pública está facultada para revisar sus propios Actos Administrativos, en virtud del Control Administrativo, fundamentando éstas actuaciones en el principio de autotutela de la administración, por la cual, ésta puede dejar sin efecto sus propias actuaciones,

básicamente cuando dichos actos resultan alterados por una falta de aplicación del ordenamiento jurídico, por atentar contra derechos colectivos, cuando se inobserva el principio de interés general, o a su vez cuando se vulnera derechos susceptibles de ser individualizados; por tanto, al revisar las decisiones de la autoridad pública que puedan contener errores de hecho y de derecho, es menester enmendarlas en caso de error, con el fin que las mismas no se constituyan en injustas e ilegales. La Revocatoria del Acto Administrativo, como institución del derecho procesal administrativo, constituye una de las formas de extinción de los actos administrativos, dispuesta por los órganos que actúan en ejercicio de la función administrativa; cabe destacar que, en general los actos pueden revocarse por razones de legalidad o de oportunidad. 8.- Por otra parte, el Art. 76 numeral 1 de la Constitución de la República manifiesta: *"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"*, por consiguiente, los actos administrativos emanados por las autoridades de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, no pueden lesionar el derecho que asiste a todos los ciudadanos a tener una información veraz de todos los productos que se ofrezcan y de los servicios que se presten, de tal modo que se debe entender que las actuaciones de la administración de control que se revisan en este recurso, se las efectúa debido a que se ha dado una inexacta manifestación externa de la voluntad administrativa, ya que la SCPM, procura a través de sus órganos de control erradicar las prácticas anticompetitivas, es decir, que al revisar sus propios actos y detectar un error que determine una inexacta representación de una situación fáctica, como es el caso de la publicidad denunciada, es necesario enmendarlo; este supuesto no se refiere a un simple error en la exteriorización del acto, sino a una resolución errónea en su declaración, por no adecuarse a la realidad, lo que ha ocasionado evidenciar como consecuencia, la equivocada exteriorización de la auténtica voluntad de la Administración. **SEPTIMO.- RESOLUCIÓN.-** Por todo lo expuesto, amparado en las disposiciones del Art. 44 numeral 2; Art. 65 y Art. 68 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad **RESUELVE: Primero.-** Revocar la providencia del recurso de apelación de 12 de junio del 2015, a las 09h09, en la que se 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.-** Revocar 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, en la que dispuso: *"(...) 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*



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

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 (...)" **Tercero.-** DISPONER **1.-** Que la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales realice la investigación sobre lo denunciado por la señora Marina de Lourdes Garzón, **2.-** Realice una investigación que incluya a los otros operadores económicos que realizaron publicidad en cualquier medio con la frase tecnología o publicidad 4G, desde la vigencia de la LORCPM hasta la presente fecha, **3.-** Que se investigue sobre los efectos causados a la generalidad por esta publicidad engañosa.- **Cuarto.-** Póngase en conocimiento de lo actuado a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales a fin de que de inmediato cumplimiento a lo dispuesto.- NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-


Pedro Páez Pérez

SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO


Dr. Daniel Váscuez

SECRETARIO AD-HOC



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-RER-006-DS
Denunciante: Marina de Lourdes Garzón Ruiz
Denunciado: OTECEL S.A.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 18 de abril de 2016, a las 14h00.- **VISTOS.-** Doctor Pedro Páez Pérez en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, en uso de las facultades que me confiere la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y en relación a la solicitud de aclaración y ampliación presentada por el operador económico OTECEL S.A., **SE CONSIDERA: PRIMERO.- ANÁLISIS DE LA LEGALIDAD DE LA SOLICITUD.-** El recurrente presenta la solicitud de ampliación y aclaración de la Resolución emitida el 24 de marzo de 2016, mediante la cual se resuelve revocar la resolución de archivo emitida por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales de 13 de marzo del 2015, y la Resolución de apelación de 12 de junio de 2015.- Para atender la solicitud efectuada, se considera: **a)** De conformidad con el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil que dispone: “(...) *El juez que dictó sentencia, no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso; pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro de tres días*”. De conformidad con el artículo 282 ibídem: “...*La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas. La negativa será debidamente fundamentada (...)*”. El peticionario ha solicitado la ampliación y aclaración en el término previsto en la ley, por lo cual, se ha corrido traslado a las partes con el escrito conforme lo dispuesto en el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil.- **b)** El recurrente solicita la Ampliación de la Resolución de 24 de marzo de 2016, argumentando que en la misma no se ha abordado sobre: “1.- (...) *la publicidad desplegada por OTECEL es veraz, clara y precisa, al proveer a los usuarios de los elementos exactos sobre las prestaciones de la infraestructura utilizada para la prestación del Servicio Móvil Avanzado (...)* 2.- (...) *el señor Superintendente, no se ha pronunciado acerca de cómo una persona que no es usuaria del servicio que presta mí representada puede tener algún legítimo interés en la causa, ni ha establecido que una persona que ni siquiera es profesional del derecho o autorizada por nuestros clientes, pueda subrogarse en la calidad de patrocinadora de intereses de terceros o del bienestar público (...)*”. Lo que busca el recurrente con las afirmaciones expuestas, es intentar que la Autoridad modifique el sentido de sus pronunciamientos, mediante la ampliación; más aún, pretende que se ratifique la veracidad de una publicidad que, según versa del texto de la resolución de 24 de marzo de 2016, no ha sido investigada con los parámetros establecidos en la Ley; entre otras



consideraciones, se dejó expresamente señalado en la Resolución de 24 de marzo de 2016, los errores materiales de hecho y de derecho, por lo cual, no se puede a través de una ampliación, pretender la reforma parcial o total de la misma. Con respecto a lo aludido por el operador económico en relación a la falta de legítimo interés de la denunciante dentro de la causa que se investiga, se debe entender que cualquier persona que forme parte de un mismo territorio, que se encuentre regido por un mismo ordenamiento jurídico, puede a través de los derechos que la Ley le asiste como ciudadano, presentar cualquier denuncia sobre hechos que deben ser investigados por la autoridad competente, ya que, la Constitución y la Ley permite a cualquier persona accionar un proceso para hacer efectivo su interés jurídicamente tutelado aunque no se vea afectado un derecho subjetivo o individual, es decir que, en este caso, la denunciante no sufre directamente una afectación en sí misma, sino la sufre por encontrarse dentro de un ente colectivo, donde una presunta acción contraria a la Ley puede estimarse en contra del interés general; por lo cual el orden Institucional y la aplicación de la normativa debe operar de manera efectiva; entonces, se entiende y así se justifica que dentro del interés colectivo, existe un interés individual, consecuentemente, la afectación individual sólo podrá darse en la medida en que se forme parte de una colectividad, pues, de lo contrario, se estaría en presencia de un interés jurídico que supone la existencia de un derecho dentro de la esfera jurídica particular o subjetiva de un individuo, esto es, que se encuentra dentro de su status jurídico; en cambio, el interés legítimo no supone una afectación directa al status jurídico. Por su parte la Constitución de la República en el artículo 85 establece que los servicios deben orientarse a la realización de los derechos reconocidos constitucionalmente, consagrándose la prevalencia del interés general sobre el interés particular, lo cual lleva plena relación con la presentación de la denuncia por parte de la señora Marina de Lourdes Garzón Ruiz, que comunica a través de ella una posible afectación general, de manera que y por las razones expuestas, el operador económico no podría aducir que la denunciante no tiene interés en el caso que se investiga. El Art. 53 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM-, únicamente expone las formas de inicio de un procedimiento de investigación, siendo éstas, de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, o por denuncia formulada; es decir que, la autoridad puede conocer las posibles conductas anticompetitivas a ser investigadas por mandato del artículo referido. Adicionalmente, sin importar cómo se inicie el procedimiento, la carga de la prueba corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, según se desprende del Art. 48 del mismo cuerpo legal. En este caso la denuncia planteada expresa una posible conducta desleal a ser investigada, la LORCPM, en el Art. 25, define lo que es una práctica desleal, así: *“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 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 (...). Como se dejó establecido en la Resolución de 24 de marzo de 2016, se encontraron errores materiales en las resoluciones revocadas en dicha providencia, inclusive la investigación no superó la fase preliminar, por lo que, mal puede afirmar el operador económico que no se ha valorado las pruebas aportadas por él, o pretender un pronunciamiento sobre documentos que se adjuntaron a la contestación de la denuncia, cuando, como se dejó explicado en la Resolución de 24 de marzo de 2016. El objetivo de la **ampliación** es el suplir cualquier omisión en que se hubiese incurrido en la Resolución respecto de la acción, o cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos; situación que no ha ocurrido. c) Respecto de la solicitud de Aclaración de la Resolución del 24 de marzo de 2016, el recurrente manifiesta: “(...) 1. En la página 4, de la resolución analizada, su Autoridad establece “la Superintendencia de Control del Poder de Mercado no analiza no investiga las preferencias o las conductas de los consumidores, mucho menos la libertad de elección de cada individuo, sino las posibles conductas anticompetitivas que pueden realizar los operadores económicos y que se encuentra tipificadas como infracciones a ley de la materia (...)”. En el presente proceso de investigación, las conductas denunciadas son la supuesta implementación de prácticas desleales por publicidad engañosa (...) claramente se podrá evidenciar que un presupuesto fundamental para que se configure una práctica desleal por la implementación de publicidad engañosa es que la misma sea apta de modificar de forma sustancial el comportamiento de los consumidores. Para efectos del caso en concreto, es fundamental que la Autoridad determine en primera instancia si la publicidad no es veraz, e incluso en ese supuesto si ésta es apta para modificar el comportamiento de los usuarios (...). El Art. 25 de la LORCPM, citado en líneas anteriores claramente establece que 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. Obviamente para asumirlo como tal, necesariamente tiene que comprobarse la existencia de ese comportamiento anticompetitivo; es lógico lo manifestado por el solicitante al afirmar que “primero se determine en primera instancia si la publicidad no es veraz, e incluso en ese supuesto si ésta es apta para modificar el comportamiento de los usuarios”, esta aseveración tiene completa concordancia con lo establecido en la Resolución de 24 de marzo de 2016, y así se lo dejó plasmado en la misma, es por eso que se ordena que se investigue las conductas denunciadas. Más allá de ello, es necesario señalar que la solicitud de aclaración y ampliación no puede ser utilizada por ninguna de las partes para subsanar la falta de comprensión de las instituciones jurídicas que se mencionan en la providencia materia de esta solicitud. d) El solicitante también manifiesta en su escrito: “(...) 2. Uno de los puntos más preocupantes que constan en la resolución en referencia, es la determinación establecida en el numeral 3, de la parte resolutive, que establece: “Que se investigue sobre los efectos causados a*



la generalidad por esta publicidad engañosa" (...). El recurso de revisión extraordinario en trámite, se apertura de oficio (...) En este sentido, el mérito y las pretensiones de este recurso consistían única y exclusivamente, en establecer las razones que pudieran llegar a motivar la reapertura del procedimiento de investigación. Sin embargo, la máxima Autoridad de la institución, en una evidente extra limitación en la competencia del presente recurso, adelanta, sin motivación alguna, un criterio que determina que en efecto, existe una conducta desleal por la implementación de publicidad engañosa (...) constituye un prejuzgamiento acerca de hechos y fundamentos que no corresponden a la realidad (...)". La obscuridad de una providencia debe ser un asunto objetivo y no de mera apreciación subjetiva e individual. En ese sentido, es menester recordar que esta autoridad no podrá variar las resoluciones y autos definitivos emanados, pero sí podrá aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contenga su resolución. Sin embargo, la finalidad de la resolución del Recurso Extraordinario de Revisión fue decidir sobre los errores materiales de hecho y de derecho existentes dentro del proceso del cual versó la investigación, en la misma se alcanzó dicha finalidad, y por el modo en que fue redactada no se ha dejado abierta la duda sobre su sentido; por tanto, la claridad de la resolución, permite que se observe con nitidez el origen del Recurso. La aclaración, por tanto no se debe entender como otro medio de impugnación, porque no va dirigida a obtener la reforma o la anulación de la resolución, simplemente en caso que se formulen presupuestos oscuros, persigue corregir defectos en el modo de expresarlos o completarlos con otros pronunciamientos. En este caso, no existen defectos de congruencia, no obstante, existe una omisión en el pronunciamiento de la Autoridad, por lo cual se **aclara** el numeral 3.- de la Resolución de 24 de marzo de 2016, el mismo que refiere a la realización de una investigación sobre los efectos causados a la generalidad por **una supuesta publicidad engañosa**, y no, como se dejó establecido, como la afirmación de una práctica desleal. Con estos antecedentes, y atendida que fue la solicitud del peticionario en la parte pertinente, se dispone que salvo lo señalado en esta Providencia, las partes procesales estén a lo dispuesto en la RESOLUCIÓN de 24 de marzo de del 2016.- **SEGUNDO:** Remítase el expediente a la Intendencia de Prácticas Desleales y póngase en conocimiento de las partes procesales.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**


Pedro Páez Pérez

SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.


Dr. Daniel Vásquez

SECRETARIO AD-HOC