

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
- **Órgano de origen:** Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas
- **Expediente de origen:** SCPM-IGT-INICAPMAPR-004-2021
- **Expediente Apelación:** SCPM-INJ-9-2022
- **Apelante / Denunciado:** Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos “SAYCE”
- **Denunciante:** Asociación de Empresas de Telecomunicaciones “ASETEL”.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 20 de mayo de 2022, a las 09h55- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada se agrega al expediente, **AVOCO** conocimiento del recurso de apelación interpuesto por el doctor David Sperber Vilhelm en calidad de abogado patrocinador del operador económico Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos, en adelante “SAYCE”, en contra de la actuación administrativa de 28 de abril de 2022, emitido por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-004-2021; en uso de mis facultades legales, dispongo:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- El artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador establece que las personas que actúan en virtud de la potestad estatal sólo ejercerán las competencias y facultades que le sean atribuidas en la Constitución y la ley; en este sentido, conforme lo previsto en el artículo 213 de la Norma Constitucional, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) es un organismo técnico de control que pertenece a la Administración Pública, encargado de hacer cumplir los lineamientos y disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [LORCPM] a través de la ejecución de los procedimientos especiales previstos en la ley, en razón de la especialidad de la materia del Derecho de Competencia. En el presente caso se observa que el objeto de la impugnación corresponde a temas propios de las facultades de control de la SCPM, razón por lo cual, la normativa aplicable es la establecida en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; por lo tanto, conforme el numeral 2 del artículo 42 y artículo 67 de la LORCPM, le corresponde al Superintendente de Control del Poder de Mercado, en calidad de máxima autoridad de la institución, conocer y resolver el presente Recurso de Apelación.-

SEGUNDO.- DISPOSICIONES GENERALES.- **a)** Abrir un expediente por cuenta separada para la sustanciación de la presente impugnación, el mismo que llevará su propia foliatura; **b)** Al presente expediente se le otorgó mediante sistema ANKU, el número SCPM-INJ-9-2022.-

TERCERO.- Agréguese al expediente, el memorando SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2022-055 de 12 de mayo de 2022, y sus anexos, suscrito electrónicamente por la abogada Cristina Alexandra Tamayo Jaramillo, en calidad de Analista de Investigación y Control De Abuso Del Poder De Mercado 2 - Dirección Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, con el cual pone en conocimiento la providencia de 11 de mayo de 2022, que dispone: “(...) 3.1. Por haber sido presentado dentro de los veinte (20) días término previstos en el

artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, notifíquese al Dr. Danilo Sylva Pazmiño, Superintendente de Control del Poder de Mercado, a fin de que resuelva lo que en Derecho corresponda, con las siguientes piezas procesales (...)"; documentación remitida electrónicamente el 16 de mayo de 2022, mediante Sistema de Gestión Procesal ANKU, con número de trámite ID. 237131. Los anexos corresponden a: **1.-** Providencia de 11 de mayo de 2022; **2.-** El Recurso de Apelación interpuesto; y, **3.-** La providencia de 28 de abril de 2022, a las 12h46, documentos suscritos de forma electrónica.

CUARTO.- ADMISIBILIDAD.- Conforme lo establecido en el numeral 2 del artículo 44 y artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), en concordancia con el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, corresponde analizar si el Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico SAYCE, cumple o no, con los requisitos y condiciones establecidas en la LORCPM y el referido Instructivo; de ahí que, se procederá a examinar si el Recurso de Apelación presentado por el operador económico ha sido oportunamente interpuesto; si la actuación administrativa objeto del recurso es impugnabile; y, si el recurso interpuesto ha sido debidamente fundamentado conforme lo requerido en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM; requisitos que no son simples formalidades, sino que por la naturaleza del medio impugnatorio, constituyen condicionamientos de obligatorio cumplimiento, dependiendo de aquello la admisibilidad a trámite del recurso interpuesto; siendo el momento oportuno para verificar el cumplimiento de los requisitos formales y de fundamentación, en tal sentido, se analiza: **a) Oportunidad.-** El artículo 67 de la LORCPM, establece: “[...] *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. [...]*”, en el presente caso de las piezas procesales constantes en el Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-004-2021, se verifica que, la actuación administrativa impugnada, esto es, la providencia de 28 de abril de 2022, emitida por la INICAPMAPR fue notificada electrónicamente al recurrente el mismo día; y, toda vez que el recurso de apelación fue interpuesto el 10 de mayo de 2022 a las 11h47, se constata que este ha sido presentado dentro del término legal de veinte (20) días; **b) Procedencia del recurso de apelación.-** Acorde lo establecido en los artículos 65 y 67 de la LORCPM la impugnación, y en específico el recurso de apelación, procede en contra de los “Actos Administrativos” emanados por las autoridades de la SCPM, mismos que conforme lo determinado en el artículo 98 del Código Orgánico Administrativo (COA), es la manifestación de la voluntad de la administración, cuyo factor determinante es causar efectos jurídicos individuales y directos sobre el administrado; así mismo, la jurisprudencia ha considerado: “*ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Se define al acto administrativo como la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad. Se trata, en primer término, de una declaración intelectual, lo que excluye las actividades puramente materiales. Esto no obstante, por declaración no ha de entenderse únicamente la que formalmente se presenta como tal (aunque esto será lo común en la actividad administrativa como consecuencia de su procedimiento y de su expresión escrita ordinaria) o declaración expresa, sino también la que se manifiesta a través de comportamientos o conductas que revelan concluyentemente una posición intelectual previa declaración o acto tácito. La declaración puede ser de voluntad, que será lo normal, en las decisiones o resoluciones finales de los procedimientos, pero también de otros estados intelectuales: de juicio, de deseo, de 3 conocimiento como es hoy pacíficamente admitido en la teoría general del acto administrativo.*”

*Se define Como acto tácito: según esta perspectiva, la administración pública puede manifestar su voluntad en forma expresa o tácita: expresa, cuando mediante ella quede de manifiesto directa o concretamente el objeto del acto; tácita o implícita, cuando de la declaración se puede deducir inequívocamente, por vía de interpretación, el alcance de la voluntad de la Administración Pública”¹; adicionalmente, sobre la naturaleza de la actuación administrativa impugnada, se considera que, los actos administrativos, constituyen la expresión jurídica de la voluntad de la administración, resuelven el tema principal, generando un efecto directo sobre el administrado, imponiéndole un gravamen o liberándolo de éste; al respecto, el tratadista Patricio Secaira Durango en su obra “Curso Breve de Derecho Administrativo” dice: “(...) Es entonces siempre una declaración de voluntad que crea efectos jurídicos directos e inmediatos a terceros (...)”; de igual forma el tratadista Andrés Serra Rojas, en su obra “Derecho Administrativo, T.I. 9ª Ed.”, manifiesta; “(...), una declaración de voluntad, de conocimiento y de juicio, unilateral, concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria, que emana de un sujeto; La Administración Pública, en el ejercicio de una potestad administrativa, que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva (...)”; elementos doctrinarios que se encuentran recogidos en el artículo 98 del Código Orgánico Administrativo respecto a la definición del acto administrativo. Por lo que, en el presente caso es menester analizar si la actuación administrativa objeto de la impugnación, cumple con los requisitos propios de un acto administrativo; en el caso *sub examine*, el administrado interpone recurso de apelación respecto de la actuación administrativa de 28 de abril de 2022 emitida por la INICAPMAPR dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-004-2021; analizada la misma se puede determinar que el punto controvertido es el contenido en el acápite primero que dice: “(...) **PRIMERO.**- Agréguese al expediente y tómese en cuenta el escrito, ingresado en la Ventanilla Virtual de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 11 de abril de 2022, a las 17h14, signado con el número de trámite ID 234380, suscrito con firma electrónica por David Sperber Vilhelm, abogado autorizado del operador económico SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y COMPOSITORES ECUATORIANOS – SAYCE, en atención al mismo, se dispone: **1.1.** En virtud de lo solicitado en el ordinal II punto 1, del escrito que se agrega, correspondiente al “CONVENIO ENTRE LA SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y COMPOSITORES ECUATORIANOS, SAYCE, Y LA ASOCIACIÓN DE CABLE OPERADORES, ASCOPE”, esta Autoridad informa al operador económico que las cláusulas que está requiriendo al menos sean declaradas como confidenciales, corresponden al archivo: ASOCOPE 2014-2018 CONVENIO Y ADEMUM.PDF, archivo que no ha sido desclasificado y, por tanto, sigue teniendo el carácter de confidencial. Con base en lo expuesto, se deniega lo solicitado, por improcedente. **1.2.** En virtud de lo solicitado en el ordinal II punto 2, del escrito que se agrega, correspondiente al “ADENDUM AL CONVENIO SUSCRITO ENTRE LA SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y COMPOSITORES ECUATORIANOS, SAYCE, Y LA ASOCIACIÓN DE CABLE OPEADORAS, ASOCOPE”, téngase en cuenta lo señalado por esta Autoridad en los párrafos segundo tercero del numeral 1.3., de la providencia de 08 de abril de 2022, a las 12h45. Con base en lo expuesto, se deniega lo solicitado, por improcedente. **1.3.** En virtud de lo solicitado en el ordinal II punto 3, del escrito que se agrega, correspondiente al “CONVENIO DE PAGO CNT”, téngase en cuenta lo señalado por esta Autoridad en el numeral 1.3., de la providencia de 08 de abril de 2022, a las 12h45. Adicionalmente, se recuerda al operador económico que el convenio al que hace referencia, fue, de igual manera, presentado por el operador económico CNT EP, en escrito de 09 de julio de 2021, a las 15h51, signado con el número de trámite ID 200407, agregado al presente expediente en providencia de 13 de julio de 2021, a las 16h05. El cual toda vez que se*

¹ Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15. Página 5212.

trata de información de una empresa pública que por disposición expresa del artículo 1 de la LOTAIP es considerado como información pública y no fue declarada como confidencial. Con base en lo expuesto, se deniega lo solicitado, por improcedente. **1.4.** En virtud de lo solicitado en el ordinal II punto 4, del escrito que se agrega, correspondiente al “ACUERDO ENTRE LA SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y COMPOSITORES ECUATORIANOS SAYCE Y LA COMPAÑÍA DIRECTV ECUADOR C LTDA.”, téngase en cuenta lo señalado por esta Autoridad en el numeral 1.3., de la providencia de 08 de abril de 2022, a las 12h45. Con base en lo expuesto, se deniega lo solicitado, por improcedente. **1.5.** En virtud de lo solicitado en el ordinal II punto 5, del escrito que se agrega, correspondiente al “ACUERDO ENTRE LA SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y COMPOSITORES ECUATORIANOS SAYCE Y LA COMPAÑÍA UNIVISA S.A.”, téngase en cuenta lo señalado por esta Autoridad en el numeral 1.3., de la providencia de 08 de abril de 2022, a las 12h45. Adicionalmente, la información a la que se hace referencia tiene más de 10 años de antigüedad y trata de un operador el cual se encuentra en proceso de liquidación, por tanto, mal se haría en considerar a la misma como confidencial. Con base en lo expuesto, se deniega lo solicitado, por improcedente. [...]”; así, se observa que la actuación administrativa impugnada es de aquellas que se emiten para la tramitación del procedimiento administrativo, tal es el caso que dicha actuación administrativa no implica que la INICAPMAPR haya impuesto un acto que produzca efectos jurídicos, creando, modificando o extinguiendo un derecho para las partes; por el contrario, la actuación impugnada responde a la sustanciación del procedimiento y deviene o es consecuencia de la Resolución de 01 de abril de 2022, que en su parte pertinente señaló y resolvió: “(...) SÉPTIMA: RESOLUCIÓN.- Por los fundamentos de hechos, de derecho y el análisis realizado, esta Autoridad, RESUELVE: PRIMERO.- De oficio, al amparo de lo establecido en los artículos 3 literales b y c; 4; 6; 7 numeral 1; 9; y, 13 del Instructivo para el Tratamiento de la Información dentro de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, DESCLASIFICAR: La información ingresada en el Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-004-2021, mediante escritos de 30 de junio de 2021, a las 16h27, signado con el número de trámite ID 198490 anexo ID 363709; y, escrito de 12 de julio de 2021, a las 16h32, signado con el número de trámite ID 200643 anexos ID 367187, 367189; agregados al expediente en providencias de 05 de julio de 2021, a las 09h56; y, 13 de julio de 2021, a las 16h05, respectivamente, conforme el siguiente detalle (...)”; y, de la providencia de 08 de abril de 2022, en la cual se subsana la Resolución de 01 de abril de 2022, motivando la desclasificación o no de la información dentro del procedimiento administrativo. En este contexto, siendo que la actuación de 28 de abril de 2022, en lo principal, no ha resuelto ni se ha pronunciado respecto al fondo del tema de investigación, y no resuelve sobre la desclasificación de confidencialidad de constancias procedimentales del expediente administrativo (declaración unilateral de la administración efectuada en acto administrativo de 01 de abril de 2022) sino que se emite a fin de atender un petitorio del administrado derivado de actuaciones previas e impulsar el desarrollo del propio procedimiento; actuación que, como lo indica el tratadista Jorge Danós Ordóñez, “(...) son actos instrumentales para el dictado de otro acto administrativo final, al que preparan y hacen posibles; (...) sirven para impulsar el procedimiento y a diferencia de los actos definitivos no ponen término al procedimiento administrativo porque carecen de contenido decisorio y voluntad resolutoria sobre el tema de fondo. Por regla general los actos de trámite no son impugnables en forma directa o autónomamente antes que se produzca la resolución final”.², criterio que ha sido recogido por los órganos jurisdiccionales, quienes en la sentencia de 05 de diciembre de 2018 dentro del

² Danós Ordoñez Jorge. “La impugnación de los Actos de Trámite en el Procedimiento Administrativo y la Queja” Derecho & Sociedad No. 28. (2008). Pág. 268 Web [file:///C:/Users/maria.arevalo/Downloads/17237-Texto%20del%20art%C3%ADculo-68423-1-10-20170427%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/maria.arevalo/Downloads/17237-Texto%20del%20art%C3%ADculo-68423-1-10-20170427%20(1).pdf)

proceso judicial No. 09802-2015-00319 han considerado que para que una actuación administrativa se constituya en un acto administrativo se requiere que: “(...) *exteriorice la voluntad de la administración; que provenga de una declaración unilateral de la administración; que se haya emitido en ejercicio de una potestad administrativa, por parte de la administración; y, que el acto, produzca efectos jurídicos, creando, modificando o extinguiendo un derecho para las partes* (...)” (las negrillas no son propias del texto); bajo estas premisas, se observa que la providencia de 28 de abril de 2022, constituye una actuación de trámite que forma parte del procedimiento de investigación a cargo del órgano que la sustancia, la misma que no resuelve el fondo del asunto o un incidente, no crea, extingue o modifica derecho alguno, por lo que no se puede hablar de un acto administrativo propiamente dicho; y, en consecuencia, acorde lo resuelto por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, “(...) *Los actos de simple administración por su naturaleza consultiva y preparatoria a la manifestación de la voluntad administrativa no son propiamente impugnables. Ello sin perjuicio del derecho a impugnar el acto administrativo que omitió un dictamen o informe cuando ellos eran necesarios o cuando se sustentó en un informe o dictamen erróneo. (...)*”³, de cuyo análisis los señores Jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo en el juicio No. 09802-2015-00319, afirmaron que: “(...) *esta jurisprudencia, nos enseña que los actos de simple administración, que son propiamente las actuaciones administrativas previas a la voluntad de la administración (actos administrativos) no son impugnables, porque no afectan derechos del administrado, sostener lo contrario sería permitir que se impugne cada actuación de la administración, por situaciones intrascendentes que no afectan los derechos subjetivos, abarrotando de procesos al servicio judicial, cuyas decisiones serían inútiles, porque no se impugnaría la voluntad de la administración en la que se deciden sobre los derechos subjetivos, (...)*”. Bajo estas consideraciones al observarse que la actuación administrativa impugnada por parte del operador económico SAYCE, no es un acto administrativo propiamente dicho, sino que es un acto de simple administración, y que por su naturaleza, conforme lo establecido en los artículos 65 y 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y en inciso final del artículo 217 del Código Orgánico Administrativo (norma supletoria de la LORCPM), no es objeto de impugnación a través de los recursos verticales; por tanto, no es pertinente el recurso de apelación en contra de la providencia de 28 de abril de 2022; c) Debida fundamentación.- Respecto de la debida fundamentación y la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, se considera que al haberse identificado que la actuación administrativa recurrida no es objeto de impugnación, deviene en inoficiosa la verificación del cumplimiento de los requisitos formales y de fundamentación. **DECISIÓN.-** En virtud del análisis realizado, y de conformidad con el artículo 67 de la LORCPM y el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, se **INADMITE** a trámite el Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos “SAYCE”, en contra de la providencia de 28 de abril de 2022, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-004-2021.

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

³ Gaceta Judicial. Año CXIII. Serie XVIII, No. 13. Página 5603, Quito, 25 de Marzo del 2013, Juicio No. 2003-20746



señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones”; notifíquese con la presente providencia: a) Al doctor David Sperber Vilhelm, en calidad de abogado patrocinador del operador económico Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos “SAYCE”, en los correos electrónicos: david@salf.ec, davidsperber@gmail.com y jose49moya@gmail.com. b) A la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

SEXTO.- Actúe en calidad de Secretario de Sustanciación en el presente expediente, el abogado Carlos Vásquez Jaramillo, quien acepta la designación y firma de manera conjunta.-
CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-

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

**Abg. Carlos Vásquez Jaramillo
SECRETARIO DE SUSTANCIACIÓN**