

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** Quito, D.M. 26 de febrero de 2019, a las 17h15.-**VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al doctor Oswaldo Ramón Moncayo, Presidente de la Comisión, al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Comisionado y al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado, mediante las acciones de personal correspondientes, quienes en uso de sus atribuciones disponen, agregar al expediente los siguientes documentos: **i)** CD que contiene la grabación de la audiencia pública realizada el 28 de noviembre de 2018 a las 15h00. **ii)** Acta de celebración de la audiencia pública realizada el 28 de noviembre a las 15h00. Por corresponder al estado procesal del expediente, el resolver, para hacerlo la Comisión de Resolución de Primera Instancia considera:

**PRIMERO.- COMPETENCIA.-** La Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI) es competente para conocer y resolver el presente expediente, conforme lo señalado en los artículos 1, 2, 37, 38 y 77 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM), y de acuerdo a lo establecido en los artículos 70 y 71 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante RLORCPM); y, en concordancia con lo determinado en el literal b) del numeral 11.1, del artículo 11, del Capítulo IV, del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, contenido en la Resolución No. SCPM-DS-22-2018 emitida el 17 de octubre de 2018.

**SEGUNDO.- VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.-** En el presente procedimiento para la imposición de una sanción, por el cometimiento de actos que implican la violación de normas, conducta tipificada en el artículo 27 numeral 9 de la LORCPM, ha sido tramitado de conformidad con las disposiciones establecidas en la ley que regula la materia y su reglamento de aplicación, en concordancia con lo establecido en la sección II del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, contenido en la Resolución No. SCPM-DS-012-2017, así como también se ha observado las garantías constitucionales determinadas en los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo tanto no existe error, vicio o nulidad que declarar, razón por la cual, se declara expresamente su validez.

**TERCERO.- ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO.-**

**3.1.-** Mediante Resolución emitida el 28 de septiembre del 2017 a las 12h00, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, actual Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, resolvió iniciar la investigación contra el operador económico **OTV MULTICABLE**, como consecuencia de la denuncia presentada el 08 de



*[Handwritten signatures and initials in blue ink]*

agosto de 2017 por el señor Willington Manuel Tapia, en su calidad propietario del operador económico LOS LAGOS TV.

**3.2.-** Mediante informe de resultados Nro. SCPM-IIPD-DNIPD-002-2018, de fecha 23 de mayo de 2018, la Dirección Nacional de Prácticas Desleales, en su parte pertinente recomendó: *“(...) Por las conclusiones anotadas anteriormente, por la documentación verificada y contundente que consta dentro del proceso, y habiendo evidenciado sobre el cometimiento de violación de norma, conducta que afectó de forma real a su competidor directo LOS LAGOS TV, y de forma potencial a todos los consumidores, se concluye que presuntamente el operador económico señor Andrés Patricio Lema Valencia OTV MULTICABLES (Sic) con el servicio de audio y video por cable físico, ha incurrido en violación de norma, contemplada como práctica desleal en los (Sic) artículo 27 numerales (Sic) 9, de la LORCPM, por lo que esta Dirección recomienda que se acoja el presente informe, y se formule cargos en contra del referido operador (...)”*. (Lo subrayado nos pertenece).

**3.3.-** El 24 de mayo de 2018, a las 12h00, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, actual Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, realizó la formulación de cargos, señalando: *“(...) Emitir la presente formulación de cargos en contra del operador económico, señor Andrés Patricio Lema Valencia propietario de OTV MULTICABLE por haber incurrido en la práctica desleal de VIOLACIÓN DE NORMA, tipificada en el artículo 27, numeral 9 de la (...) (LORCPM), al haberse constatado que ha operado sin permisos de funcionamiento debidamente emitidos por el ARCOTEL (Sic) tal como se desprende de la información que el mismo operador económico emitió durante el plazo de la presente investigación, y que fue documentalmente aseverado por parte de ARCOTEL, habiéndose realizado un análisis del mercado relevante de conformidad con la resolución 11, se ha podido establecer ventaja competitiva significativa para ese mercado geográfico de ocho mil trescientos dólares, obtenidas (Sic) por brindar un servicio sin autorización previa, hecho que ocurrió desde septiembre del 2015 hasta diciembre de 2017. (...)”*. (Lo subrayado nos pertenece).

**3.4.-** Mediante providencia del 24 de mayo de 2018 la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, actual Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, acogió el informe de resultados elaborado por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales de 23 de mayo de 2018, disponiendo su notificación con la finalidad de que el operador económico **OTV MULTICABLE** conteste y deduzca excepciones en el término de 15 días, contestación que realizó el operador económico en mención mediante escrito del 15 de junio de 2018.

**3.5.-** Con fecha 15 de junio de 2018 a las 15h00, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, mediante providencia dispuso la apertura de la etapa de prueba por el término de 60 días.

3.6.- Posteriormente mediante providencia del 11 de septiembre de 2018 se informó el fenecimiento de la etapa de prueba, disponiendo que en el término de 10 días se presenten los alegatos correspondientes.

3.7.- Mediante memorando SCPM-ICT-INICPD-38-2018-M, de 01 de octubre de 2018, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales remite a la CRPI el Informe Final SCPM-IGT-INICPD-11-2018-I, de 01 de octubre de 2018, emitido dentro del expediente No. SCPM-IIPD-2017-014.

3.8.- Con fecha 04 de octubre de 2018, a las 17h00, esta Comisión avocó conocimiento del Informe Final SCPM-IGT-INICPD-11-2018-I, de 01 de octubre de 2018, para lo cual se concedió 10 días al operador económico **OTV MULTICABLE**, con la finalidad de que presente las alegaciones a las que se creyere asistido.

3.9.- En vista de que el operador económico **OTV MULTICABLE**, no presentó sus alegaciones dentro del término señalado en el numeral que antecede, la CRPI, mediante providencia del 23 de noviembre de 2018 a las 09h47, convocó a audiencia pública a las partes intervinientes en el presente procedimiento.

3.10.- Con fecha 28 de noviembre de 2018, a las 15h00, en presencia de los miembros de la CRPI, se efectuó la audiencia pública, con la comparecencia por una parte, en representación del operador económico **OTV MULTICABLE**, el señor Andrés Patricio Lema Valencia, en calidad de propietario y Representante Legal y su abogado patrocinador el Dr. Juan José Morillo Velasco; y por otra, los servidores de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

#### **CUARTO.- ALEGACIONES FORMULADAS POR LAS PARTES.-**

#### **INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES.-**

En el análisis técnico realizado en el Informe Final SCPM-IGT-INICPD-11-2018-I, de 01 de octubre de 2018, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales señala:

#### **4.1.- Análisis económico.**

#### **4.1.1.- Definición del mercado relevante.-**

“(...) La presente investigación inició por la denuncia realizada por el operador económico **LOS LAGOS CABLE TV**, (...) en la que se indica que el operador económico (...) **OTV**”



*MULTICABLE, habría cometido la práctica desleal de violación de norma, tipificada en el artículo 27 de la LORCPM, numeral 9. (...) el sistema AVS denominado OTV MULTICABLE estaría operando de manera no autorizada en las parroquias de González Suárez, San Pablo del Lago, San Rafael y Eugenio Espejo pertenecientes al Cantón Otavalo, Provincia de Imbabura, al no contar con el título habilitante otorgado por la ARCOTEL para operar en tales áreas (...)."*

#### **4.1.2.- Generalidades de la industria.-**

*"(...) De acuerdo a las estadísticas publicadas por la ARCOTEL, las modalidades de prestación de servicios AVS son tres, principalmente: TV por cable, TV codificada satelital y TV codificada terrestre. Para diciembre de 2017 se registraron 271 operadores económicos en este sector, de los cuales la mayoría opera la modalidad de TV por cable.*

*(...) para diciembre de 2017, los proveedores de TV satelital tenían el 67% del mercado de suscriptores, mientras el servicio de TV por cable contaba con el 33% restante (...)."*

#### **4.1.3.- Mercado del producto.-**

*"(...) se precisará el mercado de producto/servicio de referencia para el servicio objeto de investigación, el cual se ha definido de acuerdo con el Informe de Resultados SCPM-DNIPD-002-2018 de 23 de mayo de 2018 y la formulación de cargos de 24 de mayo de 2018 como: el servicio de Audio y Video por Suscripción (AVS), prestado a través de la modalidad de cable físico y satelital por planes básicos de gama baja (...)."*

Operador económico denunciante: LOS LAGOS TV:

*"(...) como lo menciona el (Sic) ARCOTEL (...) este operador mantiene el título habilitante desde 27 de octubre de 2015 en las parroquias Eugenio Espejo, González Suárez, San Pablo y San Rafael (...)*

*(...) el factor diferenciador de la oferta de LOS LAGOS TV es el número de televisores que tendrían acceso a la programación ofrecida. Por otro lado en términos de precio. LOS LAGOS TV ofrece el plan básico a US 0.80 (Sic) más barato y el plan familiar a un precio de US \$2.33 más caro. (...)."*

Operador económico denunciado: ANDRÉS PATRICIO LEMA VALENCIA con el sistema OTV MULTICABLE:

*"(...) De acuerdo con la información presentada por el operador económico (...) presta sus servicios en las parroquias: Eugenio Espejo, González Suárez, San Rafael, San Juan de Ilumán, Otavalo, Dr. Miguel Cabezas Egas (Peguiche), y San Pablo (...)"*

*“(...) oferta paquetes televisivos que comprenden de 62 a 68 canales, los cuales comparten el mismo precio de venta al público de US \$15.53, llegando a un total de 34.083 suscriptores entre los años 2016-2018 (...)”*

*“(...) de acuerdo al Título Habilitante otorgado por la ARCOTEL a través de Resolución ARCOTEL-2015-0406 del 31 de agosto de 2015, la grilla de programación del sistema AVS OTV MULTICABLE se conforma de 13 canales nacionales, 48 internacionales y 1 canal local de programación propia, en total, 62 canales autorizados por la ARCOTEL (...)”*

*“(...) El operador económico investigado ha presentado sus servicios en las parroquias Eugenio Espejo, Gonzáles Suárez, San Rafael, San Juan de Ilumán, Otavalo, Dr. Miguel Cabezas Egas (Peguche), y San Pablo del Lago, además de ofertar paquetes con un número de canales diferente a la grilla constante por la ARCOTEL (...)”*

*“(...) OTV MULTICABLE no utiliza ningún canal de comercialización para realizar su actividad de ventas. En este caso, son los potenciales abonados quienes se acercan directamente a las oficinas para contratar el servicio de TV paga en modalidad cable físico. (...)”*

#### **4.2.- Análisis sustitución de la demanda.**

##### **4.2.1.- Perfil del consumidor.-**

*“(...) el operador económico investigado en su escrito ingresado el 11 de diciembre de 2017 a las 15h01 (...) los paquetes televisivos ofertados están dirigidos al público en general, con un perfil que cumple con los siguientes parámetros: hombres y mujeres en un rango de edad entre 14 y 88 años de edad, que se domicilian en Otavalo. El nivel socioeconómico de los consumidores es caracterizado medio medio/bajo, principalmente. (...)”*

##### **4.2.2.- Análisis de sustitución cualitativo.-**

*“(...) un consumidor interesado en contratar el servicio de audio y video por suscripción cuenta con una variedad de opciones, todas ellas heterogéneas entre sí en cuanto a las características de los paquetes: número de canales y servicios adicionales (...)”*

*“(...) se podría concluir que si bien las modalidades analizadas satisfacen la misma necesidad de entretenimiento, existen diferencias relevantes en cuanto a precio en los planes de gama alta y media ofrecidos por DIRECTV y CONECEL significando un alto costo de sustitución por parte del consumidor, por lo que no se podría considerar a estos*



planes como parte del mismo mercado relevante de los servicios del operador económico investigado. (...)” (Subrayado fuera de texto).

“(...) los planes más económicos de CONECEL, el plan de CNT EP y de LOS LAGOS TV podrían considerarse como sustitutos razonables de los planes ofertados por el operador económico investigado, conformándose un mercado relevante de planes de gama baja de televisión pagada en modalidades de cable físico y satelital (...)”.

“(...) se concluye que cualitativamente son sustitutos en televisión paga únicamente en los planes básico de gama baja en su modalidad de cable físico y satelital (...)”.

#### **4.2.3.- Análisis de sustitución cuantitativo.-**

La Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, utilizó el método cuantitativo de correlación de precios, y señala lo siguiente:

##### 4.2.3.1.- Prueba de correlación de precios

“(...) Sobre este método la Resolución No. 011 señala: “Prueba de Correlación de precios: Esta prueba se fundamenta en el hecho de que cuando dos o más bienes pertenecen al mismo mercado, sus precios tienden a variar en el mismo sentido a través del tiempo.”  
“(...)”,

“(...) Para la estimación de la sustitución del servicio analizado se utilizaron los precios mensuales (septiembre 2015 -2017) de los servicios: TV por cable y TV satelital, en este último caso considerando los precios de aquellos planes que cualitativamente (Sic) podrían considerarse como sustitutos del servicio investigado.

Las series corresponden a un servicio corto, debido a que la presencia de los servicios del sistema OTV MULTICABLE en las parroquias analizadas es reciente, y no existe información de años previos. Las series de precios fueron deflactadas con el índice de Precios al Consumidor de la Región Sierra (IPC) con la finalidad de trabajar con precios constantes. Posteriormente, se aplicó el logaritmo natural para reducir el comprobante de escala asociado a la serie. (...)”.

“(...) Tal como muestran los resultados del método aplicado, cuantitativamente el servicio investigado no tendría sustitutos al no evidenciarse correlaciones superiores a 0.8. Concluyéndose, cuantitativamente, que existe un único mercado relevante compuesto por los servicios de televisión pagada en modalidad de cable físico. Sin embargo bajo el análisis realizado el número de observación no es representativo y se descarta el resultado de la correlación y se valida el análisis cualitativo al presentar bajos costos de sustitución. (...)”.

#### 4.2.3.2.- Análisis de encuestas a consumidores

*“(...) Para el soporte técnico de este análisis se realizaron encuestas a 151 hogares en las parroquias de Eugenio Espejo, González Suárez, San Rafael, San Pablo de los Lagos, los consumidores se encuentran identificados en un rango de edad entre 14 y 88 años de edad, de un estatus medio. Dentro de la tabulación de la encuesta se pudo identificar que los operadores económicos con una mayor participación en estas zonas son CNT y DIRECTV con un porcentaje de 46,70% y 22% respectivamente (...)”.*

*“(...) Los consumidores señalaron que su interés por adquirir el servicio de televisión por cable se basa principalmente en el número, variedad de canales y la calidad de la señal, sin embargo el consumidor es sensible al precio de este tipo de servicios, dándole su mayor relevancia en la hora de decidir el proveedor de servicio, representando el 33% de los motivos para elegir un servicio en las personas encuestadas. (...)”.*

*“(...) las zonas de incidencia el consumidor promedio es sensible al precio, prefiere servicios complementarios y destina un 7% de su salario por estos servicios, se concluye que la televisión pagada en modalidad física y satelital si son sustitutos de una gama baja de planes adquiridos por el consumidor de un estrato medio, medio bajo, (...)”.*


#### 4.2.3.3.- Análisis sustitución de la oferta y competencia potencial

##### Prueba de sustitución de la oferta o SSS

*“(...) De la investigación realizada, se identifica que los potenciales competidores del operador económico investigado no contarían con los activos materiales necesarios para migrar su prestación de servicios a la de televisión por cable, ya que deberían incurrir en costos hundidos significativos para poder brindar el servicio, (...)”*

*“(...) los potenciales competidores del operador económico investigado cuentan con los canales de distribución adecuados para la comercialización del servicio, estos canales dependen de la capacidad instalada y los puntos de venta que cada operador económico tenga, además existen modalidades de venta on-line que a través de llenar un formulario se puede realizar la contratación del servicio, por lo que no existirían barreras de entrada en este aspecto. (...)”.*

*“(...) Desde el punto de vista legal, la ARCOTEL menciona que existen barreras de entrada jurídicas, ya que los requisitos legales son básicos, y se encuentran claramente descritos en el Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico. (...) es importante notar que los procesos que se deben realizar frente al ente de control para obtener un Título Habilitante generalmente no se extienden más allá de 12 meses, por lo que no se configura*

*una barrera de entrada SIGNIFICATIVA por el período de tiempo necesario para obtener los permisos de operación (...)*”.

*“(...) se concluye que los potenciales competidores enfrentarían únicamente barreras de entrada económicas en caso de que deseen incursionar en el mercado de sistemas AVS en modalidad cable físico y/o satelital (...)*”.

*“(...) De la información proporcionada por el operador económico investigado en su escrito del 11 de diciembre de 2017 (...) se evidencia que la operación del sistema es rentable, reflejando márgenes brutos sobre el costo mayores del 25% en 2015 y 2016 y cercanos al 80% en 2017. (...)*”.

*“(...) Del análisis previo se evidencia que los potenciales competidores que deseen ingresar en el mercado de televisión por cable podrían hacerlo en un período relativamente corto, ya que las aprobaciones provenientes del ente de control correspondiente (ARCOTEL) se emiten en un tiempo menor a 12 meses. Sin embargo, existen costos hundidos significativos, que se configuran como un desincentivo económico para ingresar al mercado analizado. Por lo tanto, se concluye que en el presente caso una sustitución por el lado de la oferta es poco probable. (...)*”.

#### **4.3.- Mercado temporal.**

*“(...) la temporalidad de la presente conducta denunciada por el operador económico WILLINGTON MANUEL TAPIA está definida desde la fecha en la que se evidenció la operación del operador económico ANDRÉS PATRICIO LEMA VALENCIA (Sic) en las parroquias en las que se (Sic) opera sin autorización, hasta la fecha en la que el operador económico denunciado obtuvo el título Habilitante para servir en todo el cantón Otavalo, (...) Fecha de inicio 31 de agosto de 2015. Fecha de fin Diciembre 2017 (...) el marco temporal se define desde 31 de agosto (Sic) hasta el 29 de diciembre de 2017 (...)”.* (Lo subrayado fuera de texto).

#### **4.4.- Mercado geográfico.**

*“(...) se consideraron las zonas geográficas en la (Sic) que el operador económico investigado prestó servicios sin la autorización de la ARCOTEL, siendo estas las siguientes: Eugenio Espejo, González Suárez, San Pablo del Lago, San Juan de Ilumán, San Rafael y Dr. Miguel Cabezas Egas (Peguche) (...)*”.

*“(...) se aplicó la prueba de costos de transporte (...)*”.

*“(...) Para la aplicación de este método se debe considerar que el objeto de esta investigación es un servicio y no un producto, por tanto, se ha realizado una aproximación*



*conceptual que interpreta a los costos de ampliación de cobertura (distribución del servicio) como los costos del transporte (...)*

*De la información recopilada en la investigación, para que el operador económico amplíe su zona de cobertura debería incurrir en costos relacionados con: i) los derechos de autorización de la ampliación de cobertura, los cuales varían en función del número de canales de la grilla de programación y el área de cobertura solicitada, y ii) los relacionados con el tendido de red de las zonas en las que se desea brindar el servicio. Para este último punto, el operador económico debería obtener permisos municipales para los tendidos de cable y firmar acuerdos con empresas eléctricas para utilizar sus postes.*

*En términos monetarios, la expansión del servicio hacia otras parroquias o zona geográfica, en la que no se presten los servicios investigados, costaría aproximadamente US \$300,000 lo cual representa un costo unitario por abonado aproximado de US \$356. Concluyendo, de esta manera, que el comercio entre zonas no sería viable al ser los costos de transporte significativamente superiores al precio del servicio investigado.*

*(...) el mercado geográfico de la presente investigación es de alcance local, debido a que las zonas delimitadas solo comprende la provincia de Imbabura, conformado por las parroquias en las que se configuró la presunta práctica desleal denunciada, Eugenio Espejo, González Suárez, San Rafael, San Juan de Ilumán, Otavalo, Dr. Miguel Cabezas Egas (Peguche), y San Pablo. (...)*

#### **4.5.- Mercado relevante.**

*"(...) está conformado por los servicios de televisión por suscripción en la modalidad de cable físico y satelital de planes básicos en gama baja, disponible en las parroquias rurales del cantón Otavalo, a saber: Eugenio Espejo, González Suárez, San Rafael, San Juan de Ilumán, Otavalo, Dr. Miguel Cabezas Egas (Peguche) y San Pablo del Lago, en el período de agosto 2015 a diciembre 2017.*

*Para el 2017 la cuota de mercado obtiene DIRECT TV (Sic) 59,3%, OTV MULTICABLE 32,8%, CNT un 6,2%, LAGOS TV (Sic) 0,9%, Y CONECEL 0,5%. (...)*

#### **4.5.1.- Ventaja competitiva significativa.-**

*"(...) se evidencia que existe una ventaja competitiva significativa para el operador económico investigado al poseer una posición estratégica y sostenida en el mercado en el que opera sin las autorizaciones correspondientes del ente de control (ARCOTEL).*

*La principal ventaja (...) es la permanencia en el mercado relevante determinado sin que se le hayan concedido los permisos correspondientes, lo cual le significó un ahorro de*



*aproximadamente US \$8,300 en su operación, costo que ha sido calculado en función de la información enviada por ARCOTEL (Sic) (...) y considerando las parroquias que conforman el mercado geográfico de esta investigación. (...)*”.

*“(...) el costo de los permisos de operación, ha representado para OTV MULTICABLE el 2,8% mientras que para LOS LAGOS TV representa más del 100% de sus ventas (...)*

US \$8.300	
Volumen de Ventas	
OTV	LAGOS TV
2,8%	160,3%

*(...)”*

*“(...) se desprende en la Resolución ARCOTEL – 2017 -1314 del 29 de diciembre del 2017, artículo 4, lo siguiente: “Disponer al señor ANDRÉS PATRICIO LEMA VALENCIA que en el término de 10 días, [...] 1.- Cancele el valor de USD. \$15.000,03 (...) por derechos de concesión por la ampliación del área de cobertura [...]”, esto es, que se demuestra que incluso el gasto que significa tener cobertura en las parroquias en mención, asciende a un monto mayor de USD. 15.000, representando más del 290% de los ingresos de su competidor directo de LOS LAGOS TV y el 5% del operador investigado OTV MULTICABLE. (...)*”.

*“(...) se evidencia que al no contar con el título habilitante de estas zonas, el operador económico evade unos costos significativos para esta industria y más aún representativa para los operadores de cable terrestre. (...)*”.

*“(...) únicamente en el 2015 y 2016 operó sin autorización bajo la modalidad de televisión por cable terrestre OTV MULTICABLE obteniendo el 100% de estos consumidores por esta modalidad, evidenciando incluso un daño a los consumidores debido a la falta de autorización en el mercado geográfico que estaba operado. (...)*”.

#### **4.5.2.- Afectación al interés general, eficiencia económica y bienestar general.-**

*“(...) del análisis económico específicamente en la parte de ventaja competitiva significativa se demuestra que existe un daño efectivo directo al concurrente, que en este caso representa una cantidad significativa al evadir normativa para poder ejercer la actividad económica en esas zonas. Y en los consumidores que son más de 131.761 (período acumulado de septiembre 2015-2017) en toda la provincia de Imbabura, que a causa de tener un servicio que no contaba con los permisos para la operación podrían en cualquier momento suspenderlo dejando sin servicio a los consumidores sin importar el pago realizado al operador económico.*

*Con respecto, al falseamiento de la competencia, (...) en este caso se demuestra que los hechos incurridos por el operador económico OTV MULTICABLE en las parroquias diferentes a la de Otavalo, generó una alteración en la oferta legal del servicio de televisión por suscripción en esta zona, ya que al producirse un acto de competencia desleal que falsee la competencia en el mercado relevante no es necesario que se genere un cierre total del mismo, basta que las condiciones de competencia se vean sensiblemente alteradas y en este caso es innegable que ha habido una afectación de la competencia. (...)*”.

*“(...) se identifica que existió en este mercado relevante definido una actividad económica que impidió la competencia leal de sus concurrentes, restringió la capacidad de acción en caso de suspensión del servicio a los consumidores y falseó la competencia atentando con el (Sic) bienestar general. (...)”.*

#### **4.6.- Audiencia Pública.**

Según se desprende del audio de la audiencia realizada el 28 de noviembre de 2018, a las 15h00, se tiene lo siguiente:

##### **4.6.1.- Intervención de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.-**

*“(...) La formulación de cargos fue emitida en base a la denuncia presentada por LAGOS TV contra OTV MULTICABLE, (...) la conducta acusada es la violación de norma, por operar sin contar con el título habilitante en otras parroquias, el procedimiento se ha llevado de la manera adecuada observando el debido proceso y la legítima defensa, evacuando (...)”.*

*“(...) la formulación de cargos está relacionada con la infracción tipificada en el artículo 27, numeral 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, por haberse constatado que ha operado sin permisos concedidos por la ARCOTEL, lo que se desprende de la documentación presentada por el operador económico investigado, lo cual fue documentadamente aseverado por dicho organismo de control, hecho que ocurrió desde septiembre de 2015 hasta diciembre 2018, habiéndose realizado el análisis del mercado relevante de conformidad con la Resolución 11 Junta de Regulación se ha podido establecer una ventaja competitiva significativa para ese mercado geográfico de USD \$8.300, obtenidas por brindar un servicio sin autorización previa, hecho que ocurrió desde septiembre de 2015 hasta diciembre 2018, con lo que se describe la temporalidad, la conducta y las circunstancias de los hechos (...)”*

*En términos generales, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, se ratifica en lo señalado en el Informe Final SCPM-IGT-INICPD-11-2018-I, de*



01 de octubre de 2018, conforme consta en las intervenciones del Abg. Marlon Vinueza Armijos, Intendente; y, de la analista Econ. Gabriela Arias.

#### **4.6.1.- Intervención del operador económico OTV MULTICABLE.-**

El operador económico **OTV MULTICABLE**, no presentó sus alegatos dentro del término de 10 días concedidos en el avoco del 04 de octubre de 2018, a las 17h00, sin embargo, acudió a la audiencia pública del 28 de noviembre de 2018, a las 15h00, diligencia en la que entre lo principal manifestó:

“(...) la denuncia fue presentada el 08 de agosto de 2017, es importante considerar esta fecha ya que el denunciante manifiesta que el 27 de octubre de 2015 obtuvo la autorización para operar un sistema de audio video por suscripción en las parroquias mencionadas, llama la atención que ha iniciado sus operaciones en mayo del 2017 (...) con lo que no se puede determinar afectaciones desde el 2015 (...)”

“(...) señala que en el expediente no existe prueba alguna que sustente la supuesta operación, en cuanto a la supuesta norma infringida, descrita en el artículo 27 numeral 9, de la LORCPM, es importante recalcar que la ARCOTEL inició por dos ocasiones procedimientos administrativos sancionadores contra mi defendido, por ser el competente, sin embargo se abstuvo de sancionar al operador económico OTV MULTICABLE, es decir que si esta es la base para determinar la ventaja significativa por incumplir una norma, queda desvirtuado por no ser sancionado por la autoridad competente (...)”

“(...) en cuanto al análisis realizado por la economista, es necesario referirse al informe final, en los cuales determinan los actores y los tres tipos de servicios, señala que existen contradicciones en el informe, en el que se determina que serían servicios sustitutivos y toman en cuenta la televisión satelital con tarifas de bajo costo versus la de OTV MULTICABLE y LOS LAGOS TV, no se hace un análisis en cuanto a la ventaja de los operadores de televisión satelital versus los operadores de cable físico, por lo que no viene al caso la comparación como servicios sustitutivos (...)”

“(...) en cuanto al ahorro es necesario manifestar que existe errores en cuanto al ahorro, ya que las licencias son otorgadas por 15 años, señala además que hay dos datos de la ARCOTEL que se deben considerar, una irresponsabilidad por parte de ese organismo en cuanto a la información proporcionada en cuanto al título habilitante proporcionado (...)”

“(...) al momento de establecer la supuesta ventaja, indica que no se ha demostrado dentro del expediente, por cuanto son solo 4 parroquias que opera el operador económico denunciante, y no se puede determinar en base a un supuesto que se ha afectado a los consumidores, ya que no se ha suspendido el servicio (...)”

“(…) La SCPM ha tomado en cuenta toda la operación por parte de OTV, y señala que tienen 80 abonados en estas parroquias, y señala que el denunciante entrega programación que no está legalmente contratada, por lo que solicita iniciar la investigación puesto que eso constituye una afectación (…)”

“(…) en cuanto a la contestación realizada en 15 de junio de 2018, que lastimosamente no se ha considerado en su totalidad, en vista de que constituye el sustento para desvirtuar la presunta infracción, y solicita a la CRPI se revise de manera integral el informe (…)”

“(…) indica que no es negocio operar en estas parroquias, que se lo realiza con el ánimo de servir, con lo que concluye su exposición, y solicita el archivo del expediente (…)”

### **Réplica:**

La CRPI concede el derecho a la réplica en la cual, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, señaló:

“(…) aclara que no es necesaria una prejudicialidad para poder investigar o sancionar por haber operado sin el título habilitante correspondiente, en cuanto a los elementos señalados sobre las supuestas irregularidades del operador económico denunciante se indica que debe presentar la denuncia formal ante la SCPM, la concurrencia en el mercado sin los permisos correspondientes claramente constituye una ventaja significativa, por cuanto ha quedado demostrado que no cuenta con dichos permisos, la SCPM, vela por el mercado competitivo, desde esa perspectiva está demostrada la infracción (…)”

“(…) basta que exista un daño potencial contra otra concurrente, un daño potencial a los consumidores, o afectación al orden público económico, de esta manera concurrir a un mercado sin cumplir normas implica una afectación a la competencia, se ha precautelado el sistema competitivo y se ha comprobado un falseamiento a la competencia (…)”

Adicionalmente, interviene la economista Gabriela Arias, quien realiza la réplica en cuanto a la parte económica del informe, y manifiesta:

“(…) el operador económico OTV MULTICABLE, en su escrito con ID: 72119 alegaba la temporalidad que no realizaban actividad económica, sin embargo en el reporte se evidencia la actividad, volumen de ventas, desde septiembre de 2015, de este modo la temporalidad consta en el mismo reporte presentado por el operador, de la misma manera se contradice en cuanto al número de abonados, puesto que el reporte refleja las cantidades que constan en el informe, y con la información que consta en la ARCOTEL, puesto que a la fecha tiene 1498 suscriptores, con corte a septiembre 2018 (…)”



“(...) en cuanto a la sustitución del servicio, se realizó un trabajo de campo con los consumidores mediante encuesta, quienes manifestaron mediante encuesta que están dispuestos a sustituir su servicio (...)”

Adicionalmente en cuanto al escrito de excepciones, la Intendencia, menciona:

“(...) dicho escrito tiene incongruencias, ya que la información presentada por la ARCOTEL es clara y señala con exactitud que tiene permisos para la parroquia Otavalo y no para todo el cantón, de igual manera el reporte de facturación indica actividad económica desde el 2015 (...)”.

### **Contrarréplica:**

La CRPI concede el derecho a la réplica en la cual, el operador económico OTV MULTCABLE, indica:

“(...) en cuanto a la prejudicialidad señala que no se ha demostrado la operación en la ARCOTEL, por lo que se ha demostrado que no existe un proceso administrativo sancionatorio, es decir el operador económico no ha sido sancionado (...)”

“(...) el número de abonados que consta en la página de la ARCOTEL es el total, no corresponde a la operación de los cantones investigados, que podría existir un error en la documentación presentada (...)”.

Para concluir la CRPI consulta sobre cuál es la ventaja competitiva significativa:

Al respecto la Intendencia señala:

“(...) para determinar la ventaja competitiva significativa, se cuantificó el costo total de los títulos habilitantes frente a los ingresos por ventas de un año de los demás competidores, en este caso el competidor más pequeño, al realizar la comparación para determinar el ahorro el cual representó 160,3% del valor facturado del operador económico LOS LAGOS TV y 290% de los ingresos por ventas, adicionalmente no se puede hablar que no existe ventaja competitiva significativa, si estamos hablando del segundo operador económico con mayor cuota de mercado dentro de este mercado relevante, que factura alrededor de USD \$197.989 al año (...)”.

### **QUINTO.- PRUEBAS PRACTICADAS POR LAS PARTES EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.-**

1. Oficio Nro. ARCOTEL-CTHB-2017-0747-OF de fecha 13 de septiembre de 2017, suscrito por el Mgs. Germán Alberto Célleri López en su calidad de Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes.

2. Listado de operadores económicos fabricantes, importadores y distribuidores de productos que compiten con los productos investigados, información utilizada para el análisis económico.
3. Oficio Nro. ARCOTEL-CTHB-2017-0783-OF de fecha 21 de septiembre de 2017, suscrito por el Mgs. Germán Alberto Céleri López en su calidad de Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes, mediante el cual remite el listado actualizado de los prestadores autorizados del servicio de video por suscripción de 264 usuarios, a nivel nacional.
4. Escrito presentado por el operador económico denunciado Ing. Andrés Lema Valencia, propietario de OTV MULTICABLE, en el cual se adjunta la información solicitada mediante cuestionario.
5. Oficio Nro. ARCOTEL-CTHB-2017-1134-OF de fecha 12 de diciembre de 2017, suscrito por el Mgs. Germán Alberto Céleri López en su calidad de Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes, con el cual adjunta la información solicitada mediante cuestionario II.
6. Escrito presentado por el operador económico denunciante LOS LAGOS TV, mediante el cual remite la información solicitada en el cuestionario VI.
7. Escrito presentado por el operador económico CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A., mediante el cual solicita una aclaración de la información solicitada.
8. Escrito presentado por el operador económico OTV MULTICABLE, mediante el cual solicita una prórroga para remitir la información.
9. Escrito presentado por el operador económico DIRECTV mediante el cual adjunta parte de la información y solicita una prórroga.
10. Oficio Nro. ARCOTEL-CTHB-2017-0224-OF de fecha 08 de febrero de 2018, suscrito por el Mgs. Germán Alberto Céleri López en su calidad de Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes, mediante el cual remite la consulta I.
11. Escritos presentados por el operador económico UNIVISA, mediante el cual remite la información requerida.

12. Escritos presentados por el operador económico CONECEL, mediante el cual remite la información requerida.



*Handwritten signature*

*Handwritten signature*

13. Escritos presentados por el operador económico DIRECTV, mediante el cual remite la información requerida.
14. Escrito presentado por el operador económico TV CABLE S.A., mediante el cual remite la información requerida.
15. Escrito presentado por el operador económico CONECEL, mediante el cual remite la información requerida y el extracto no confidencial de la misma.
16. Escrito presentado por el operador económico OTV MULTICABLE, mediante el cual remite la Resolución ARCOTEL-2017-1314 y la respuesta al cuestionario V.
17. Escrito presentado por el operador económico ETAPA EP, mediante el cual remite información requerida en el cuestionario VII.
18. Escritos presentados por el operador económico CNT EP, mediante el cual remite la información requerida.
19. Escritos presentados por el operador económico SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A., mediante el cual remite la información requerida.
20. Escrito presentado por el operador económico DIRECTV, mediante el cual remite la información requerida, indicando que la información remitida no es CONFIDENCIAL.

## **SEXTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-**

### **6.1. Fundamentos de hecho.**

En el Informe Final SCPM-IGT-INICPD-11-2018-I, de 01 de octubre de 2018, mediante el cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, puso en conocimiento de la CRPI el resultado de la investigación realizada contra el operador económico **OTV MULTICABLE**, como consecuencia de la denuncia presentada el 08 de agosto de 2017 por el señor Willington Manuel Tapia, en su calidad propietario del operador económico LOS LAGOS TV.

En el Informe Final SCPM-IGT-INICPD-11-2018-I, de 01 de octubre de 2018, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, realiza una exposición sobre el proceso de investigación en el cual se determina que el operador económico **OTV MULTICABLE**, habría incurrido en la conducta tipificada en el artículo



27, numeral 9 de la LORCPM, esto es por violación de norma, por cuanto se ha verificado que dicho operador ha prestado servicios de televisión por suscripción en la modalidad de cable físico, en varias parroquias del cantón Otavalo, sin contar con el título habilitante otorgado por la ARCOTEL, con lo cual ha obtenido una ventaja competitiva significativa en el mercado relevante.

Del análisis del informe se tiene que el mercado relevante está conformado por los servicios de televisión por suscripción en la modalidad de cable físico de planes básicos en gama baja, para las siguientes parroquias rurales: Espejo, González Suárez, San Rafael, San Juan de Ilumán, Otavalo, Dr. Miguel Cabezas Egas (Peguiche) y San Pablo del Lago, pertenecientes al cantón Otavalo, desde agosto del 2015 hasta diciembre del 2017. En este sentido, para el 2017 la cuota de mercado obtiene DIRECTV 59,3%, OTV MULTICABLE 32,8%, CNT 6,2%, LAGOS TV 0,9% y CONECEL 0,5%.

En cuanto a la determinación del **volumen de negocios**, las ventas del operador económico **OTV MULTICABLE** en el año 2017, en el mercado relevante determinado, conforme lo señalado en el escrito presentado por el mismo operador económico el 12 de septiembre de 2018, es de **USD \$197.989,21**.

Conforme consta dentro del expediente y según lo manifestado por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, el operador económico investigado prestaba sus servicios de manera ilícita en el período comprendido desde el 26 de agosto de 2015 hasta el 29 de diciembre de 2017, fecha en la que obtuvo el permiso de operación dentro de las mencionadas parroquias, es decir, puso fin a la infracción, evidenciándose que hasta esa fecha no contaba con la autorización respectiva, incurriendo de esta manera en la violación de la norma expresa y obligatoria, esto es incumplimiento de la Ley de Telecomunicaciones.

## 6.2. Fundamentos de derecho.

### 6.2.1. - Constitución de la República del Ecuador.-

El artículo 52 se refiere al derecho a contar con bienes y servicios, y al respecto establece:

*"(...) Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.*

*La ley establecerá los mecanismos de control y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y*



por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor (...)

**El artículo 66 en el numeral 25 señala:**

*“(...) El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre contenido y características (...)”.*

**El artículo 76 en relación a las garantías básicas del derecho al debido proceso, determina:**

*“(...) 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.*

*2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.*

*7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:*

*a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.*

*b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.*

*c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.*

*h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.*

*j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.*

*k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.*

*l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos (...)*

**Por otra parte en cuanto a la Superintendencias, el artículo 213, indica lo siguiente:**

*“(...) 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 (...)”.*

**El artículo 283 sobre el sistema económico prescribe:**

*“(...) El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.*

*El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios (...)”.*

**El artículo 284 numeral 8 establece:**

*“(...) Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes (...)”.*

**El artículo 304, numeral 6 determina que** la política comercial tendrá como objetivo *“(...) Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado (...)”.*

**El artículo 335 en el inciso segundo respecto al intercambio y transacciones económicas señala lo siguiente:**

*“(...) El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional y establecer los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio u oligopolio privado o de abuso de posición de dominio en el mercado, así como otras prácticas de competencia desleal (...)”.*

**El. 336 en cuanto al comercio justo establece:**

*El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.*



## 6.2.2.- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado – LORCPM.-

### El artículo 1 indica:

*“(...) El objeto de la presente ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible (...)”.*

### El artículo 2 prescribe:

*“(...) Están sometidos 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, así como los gremios que lo agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional (...)”.*

### El artículo 4 sobre los lineamientos para la regulación y principios para la aplicación nos indica lo siguiente:

*“(...) En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en materia de esta ley son los siguientes: 1. El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico; 2. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular; y, 5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado (...)”.*

### El artículo 5 en relación al mercado relevante, indica:

*“(...) A efectos de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.*

*El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo y el tiempo requerido para la sustitución.*

*El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.*

*La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto (...)*”.

**El artículo 25 define:**

*“(...) 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 otra.*

*Para la definición de usos honestos se estará a los criterios del comercio nacional; no obstante, cuando se trate de actos o prácticas realizados en el contexto de operaciones internacionales, o que tengan puntos de conexión con más de un país, se atenderá a los criterios que sobre usos honestos prevalezcan en el comercio internacional.*

*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.*

*Las sanciones impuestas a los infractores de la presente ley no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios que corresponda de conformidad con las normas del derecho común, así como la imposición de sanciones de índole penal, en caso de constituir delitos.*

*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.*



*[Handwritten signatures]*

*La protesta social legítima, en el ámbito exclusivo de esta Ley, no será, en ningún caso considerada como boicot. (...)*”

**El artículo 26 establece la siguiente prohibición:**

*“(...) Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera que sea la forma que adopten y cualquiera que sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia (...)*”.

**El artículo 27, en su numeral 9 considera como práctica desleal la siguiente:**

*“(...) 9.- Violación de normas.- Se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o administrativos o del incumplimiento de una norma jurídica, como sería una infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida.*

*La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes configura una práctica desleal cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa. (...)*”.

**El artículo 37 trata de la Facultad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y dice:**

*“(...) Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica.*

*La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación (...)*”.

**El artículo 38 en cuanto a las atribuciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, entre otras, en su numeral 2 prescribe:**

*“(...) Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley (...)”*

**El artículo 48 al referirse a las normas generales señala:**

*“(...) La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del procedimiento, podrá requerir a cualquier operador económico o institución u órgano del sector público o privado, los informes, información o documentos que estimare necesarios a efectos de realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate.*

*A esos efectos la Superintendencia podrá examinar, recuperar, buscar, utilizar y verificar tales documentos e información, obtener copias o realizar extractos de ellos. Esos informes o documentos deberán ser suministrados dentro del plazo que la Superintendencia determine*

*No será obligación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado atenerse, contra su convicción, al contenido de esos informes o información. Ningún procedimiento administrativo podrá suspenderse por falta de ellos.*

*No se requiere aviso previo al denunciado o a la persona para requerir la información o documentación, previa a la apertura del expediente.*

*La carga de la prueba corresponderá a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin perjuicio de las pruebas aportadas por el denunciante y el denunciado. Sin embargo, en el caso de los acuerdos y prácticas prohibidas de conformidad con el artículo 11 de la presente Ley, si un operador económico o persona negare, dificultare o impidiere el acceso a información; dañare ocultare u omitiere información o entregase información falsa, fraudulenta, engañosa, falaz, fingida, artificiosa, irreal o dolosa requerida o relacionada al operador económico o persona en una investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se invertirá la carga de la prueba a dicho operador económico o persona, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la ley.*

*La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene la potestad de acceder, revisar, archivar, procesar y utilizar cualquier dato, que de modo exclusivo corresponda a la información y documentos pertinentes al proceso administrativo, respetando el derecho constitucional a la protección de esta información, para las investigaciones, casos o resoluciones dentro de su competencia, de conformidad con la Constitución y la ley.*

*La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúa sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa. (...)”*



*Handwritten signature and initials.*

**El artículo 77 trata de los sujetos infractores cuando dice:**

*“(...) Serán sujetos infractores las personas naturales o jurídicas que incurran en las prohibiciones o ejecuten las acciones u omisiones tipificadas en esta Ley (...)”.*

**El artículo 78 numeral 2, letra c) señala:**

*“(...) 2. Son infracciones graves: (...) literal c) “El falseamiento del régimen de competencia mediante prácticas actos desleales en los términos establecidos en el artículo 27 de esta Ley (...)”.*

**El artículo 79 en cuanto a las sanciones en el inciso primero y en el literal c) sustenta:**

*“(...) La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones: (...) literal b) Las infracciones graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (...)”.*

**El artículo 80 establece los criterios para la determinación del importe de las sanciones y al respecto indica:**

*“(...) El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:*

- a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.*
- b) La cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables.*
- c) El alcance de la infracción.*
- d) La duración de la infracción.*
- e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.*
- f) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción.*
- g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables (...)”.*

**6.2.3. Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.-**

**El artículo 1 establece:** *“(...) El presente Reglamento tiene por objeto establecer las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que en lo sucesivo se denominará la Ley”.*



*El artículo 4 señala el criterio general de evaluación al expresar que: “La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios (...)”*

**El artículo 95 al referirse al cálculo del importe de las multas nos dice:**

*“(...) El importe de las multas establecidas en el artículo 79 de la Ley será fijado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 80 y siguientes del mismo cuerpo normativo, y según la metodología siguiente:*

- 1. La Superintendencia determinará la base para el cálculo del importe de la multa para cada operador económico o asociación, unión o agrupación de operadores económicos.*
- 2. La Superintendencia multiplicará el importe de base en función de la duración de la conducta.*
- 3. La Superintendencia ajustará el importe de base total incrementándolo o reduciéndolo en base a una evaluación global de las circunstancias pertinentes. (...)”*

**6.2.4.- Resolución de la Junta de Regulación No. 12 El artículo 1 en cuanto al objeto de la resolución señala.-**

*“(...) Establecer la metodología a ser utilizada en el cálculo del importe de las sanciones establecidas en los artículos 78 y 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), en concordancia con los criterios establecidos en el artículo 80 y siguientes artículos del mismo cuerpo normativo, y su Reglamento. La expedición de esta metodología tiene como objetivo contribuir a la transparencia en la cuantificación del importe de la sanción así como en la objetividad del cálculo, potenciando su efecto disuasorio y favoreciendo la seguridad jurídica de los operadores económicos. (...)”*

**El artículo 2 habla de los criterios para la determinación del importe y al respecto reza: Criterios para la determinación del importe de las sanciones.-**

*“(...) El importe de las sanciones se fijará conforme los criterios determinados en el artículo 80 de la LORCPM. (...)”*

**El artículo 3 se refiere a la cuantificación de la sanción:** *“(...) El cálculo del importe de la multa se realizará de acuerdo a lo establecido en el artículo 95 del Reglamento de Aplicación para la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. (...)”*



*Handwritten signatures and initials on the right margin.*

**El artículo 4 trata del importe base:**

*“(...) El importe base (IMB) es determinado para cada operador económico o asociación, unión o agrupación de operadores económicos. (...)”*

**El artículo 5 en cuanto al importe base establece:**

*“(...) El importe base se calculará como una proporción del volumen de ventas del mercado relevante afectado por la infracción, dado por el producto de los ponderadores de la condición de restricción, según el tipo de sanción, y los factores de gravedad y afectación de la infracción. (...)”*

**El artículo 6 señala la base del importe de la sanción al expresar:**

*“(...) El importe base de la sanción corresponde al monto preliminar para la cuantificación de la sanción que estará determinado en función del volumen de negocios realizado en el mercado o mercados relevantes afectados por la infracción investigada, la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables, el alcance de la infracción, el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos interés de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos así como los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción. (...)”*

**El artículo 7 respecto a la base del importe nos dice:**

*“(...) El importe base se obtendrá en aplicación de los siguientes criterios: a. Volumen de negocios en el mercado relevante.- corresponde al volumen de negocios realizado en el mercado o mercados relevantes afectados por el operador económico responsable de la infracción. Se considerará la información de ventas durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias en el mercado relevante, previa deducción del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos al consumidor final directamente relacionados con el negocio, o las ventas del último año calendario para el cual se cuente con la información, ajustado por la inflación correspondiente. b. Factor proporcional a la gravedad de la infracción (a).- con el objetivo de estimar la gravedad de la infracción de manera cuantitativa, se consideran los siguientes elementos: i. Cuota de mercado.- la gravedad de la infracción está directamente relacionada con la participación del infractor en el mercado relevante, a una mayor cuota de mercado, mayor será el perjuicio causado, porque habrá menores posibilidades de que los actores del mercado se desplacen hacia otras alternativas. Para la determinación de esta cuota de mercado se considerará el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias en el mercado relevante, o el último año calendario para el cual se cuente con la información, ajustado por la inflación correspondiente. ii. Naturaleza de la infracción.- corresponde a la especificidad de la conducta, la naturaleza se enmarca en las siguientes categorías: leve, grave o muy grave. iii. Alcance de la infracción.- corresponde a la cobertura geográfica que tuvo la infracción, considerando de mayor a menor, un alcance nacional, regional o local. c. Factor*

*proporcional a la afectación de la infracción.- a fin de determinar de manera objetiva la afectación de la infracción, se consideran los siguientes elementos: i. Dimensión del mercado afectado.- corresponde a la valoración global del mercado afectado, en el cual el operador económico responsable u operadores económicos responsables cometieron la infracción. ii. Características del mercado afectado.- corresponde a la caracterización del mercado afectado en términos del nivel de concentración de dicho mercado. (...)*”.

**El artículo 8 determina:**

*“(...) En los casos en los que no sea posible determinar esta información, a partir de fuentes oficiales, se puede también tomar en cuenta fuentes secundarias tales como estimaciones de los operadores económicos. (...)”.*

**El artículo 9 señala.-**

*“(...) El importe base de la sanción, determinado en el artículo 7, aumentará en función del tiempo que duró la infracción. (...)”.*

**El artículo 10 prescribe:**

*“(...) El importe base total se determinará multiplicando el importe base por el tiempo de duración de la infracción. (...)”*

**El artículo 11 establece:**

*“(...) El importe base total se obtendrá en aplicación del siguiente parámetro: a. Factor proporcional a la duración de la infracción.- corresponde a la duración en años, y proporcionalmente, de meses en que, de acuerdo con la investigación, se llevó a cabo la conducta infractora a la LORCPM. Para fines de cálculo de la duración de la infracción, los periodos inferiores a un semestre contarán como medio año; y, los periodos de más de seis meses pero menor o igual a un año se contarán como un año completo. (...)”.*

**El artículo 12 determina:**

*“(...) El importe total de la multa se determinará en función de una evaluación global, que tendrá en cuenta, entre otras, las circunstancias agravantes y atenuantes estipuladas en el artículo 99 y artículo 100 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM. (...)”*

**El artículo 13 establece:**

*“(...) El importe total de la multa se verá incrementado o reducido en función de las circunstancias agravantes o atenuantes, de conformidad con lo establecido en el artículo 81 y 82 de la Ley. (...)”.*

**El artículo 14 determina:** *“(...) La aplicación de las circunstancias agravantes o atenuantes referidas en el numeral anterior supondrá un aumento o disminución del importe base total en un porcentaje de entre el 10% y 25%. (...)”.*



Handwritten signatures and initials on the right margin.

**El artículo 15 puntualiza.-**

*“(...) El importe se obtendrá en aplicación del siguiente criterio: a. Factor proporcional de circunstancias agravantes y atenuantes: corresponde al resultado neto entre el número de circunstancias que se determinen para el caso materia de la investigación. (...)”.*

**El artículo 16 dispone:**

*“(...) Determinación del importe base cuando es posible determinar el volumen total de negocios.- Para el cálculo del importe base descrito en el artículo 7, cuando sea posible determinar el volumen total de negocios se aplicarán las siguientes fórmulas. (...)”.*

**El artículo 17 señala:**

*“(...) Determinación del importe base cuando no es posible determinar el volumen total de negocios.- Para el cálculo del importe base descrito en el artículo 7, cuando no es posible determinar el volumen total de negocios, se aplicarán las siguientes fórmulas, considerando los rangos establecidos en el artículo 103 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM. a. Infracciones leves y graves: (...)”.*

**El artículo 18 establece:**

*“(...) Determinación de la base total.- La base total para el cálculo del importe de la multa se obtiene aplicando la siguiente fórmula:(...)”.*

**El artículo 19 indica:**

*“(...) Determinación del importe total.- El importe total (IMTi) de la multa se determinará según la fórmula siguiente: (...)”.*

**El artículo 20 establece:**

*“(...) Máximo legal.- El importe final de la sanción no podrá superar los límites máximos que, para cada tipo de infracciones establecidas en el artículo 79 de la LORCPM. (...)”.*

**El artículo 22 señala:**

*“(...) Excepciones.- Cuando sea posible calcular el beneficio resultante de la infracción, o beneficio ilícito del operador económico responsable u operadores económicos responsables, se aplicará lo establecido en el artículo 79 de la LORCPM. (...)”.*

**6.2.5.- Resolución de la Junta de Regulación No. 12** mediante la cual se expiden los métodos para la determinación del mercado relevante.

### 6.3.- Doctrina sobre el Derecho Administrativo Sancionador.-

#### 6.3.1.- El tratadista ecuatoriano Marco Morales Tobar, citando a Alejandro Nieto, respecto a la potestad sancionadora de la administración sostiene:

*“[...] proporciona una base muy sólida al Derecho Administrativo Sancionador, puesto que, así queda anclado en el ámbito constitucional del Estado superando los planteamientos habituales tradicionales, más rudimentarios, que buscan su justificación dogmática en la sanción en el ilícito o, a todo lo más, en la organización administrativa. En el principio de todo Derecho está una potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico administrativo sancionador es por lo que puede hablarse, con propiedad de un Derecho Administrativo Sancionador [...]”.*

#### 6.3.1.- Carácter preventivo y disuasivo de la sanción.-

De acuerdo con el informe de la Fiscalía Nacional Económica de la República de Chile de 11 de noviembre de 2014, se indica que: *“[...] Las sanciones y remedios cumplen también una función preventiva, disuadiendo a los agentes económicos de infringir la ley. Las sanciones y remedios pueden cumplir una función preventiva especial o general, según si buscan establecer incentivos para evitar que el infractor sancionado reincida, o para prevenir que el universo de posibles infractores transgreda la ley, respectivamente. [...] Por regla general, las conductas declaradas ilegales por el derecho de competencia reportan beneficios económicos para quienes las llevan a cabo, e imponen costos a los consumidores y a la sociedad en general [...] el ordenamiento reducirá las infracciones y cumplirá exitosamente con su función preventiva en medida en que los agentes económicos puedan esperar más costos que beneficios al evaluar la conveniencia de involucrarse en una conducta ilegal. Por lo Mismo, una sanción será disuasiva en la medida en que asocie a la infracción un costo esperado mayor al beneficio esperado [...]”.*

### 6.4.- Jurisprudencia de la Corte Constitucional de las Garantías Procesales.-

#### 6.4.1.- El principio de legalidad significa:

*“[...] El principio de legalidad, reserva de ley o tipicidad, en el ámbito de las infracciones y sanciones, tiene una radical importancia en el quehacer jurídico de la sociedad, puesto que posibilita que las personas alcancen certeza y certidumbre de aquellas conductas que se encuentran permitidas y aquellas que se encuentran prohibidas; cuestión que trasciende al ámbito procesal, puesto que el órgano del poder público que cuenta con potestad para juzgar infracciones y determinar sanciones únicamente lo puede efectuar si existe una ley previa, expresa y taxativa, concretando el aforismo Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legale, el mismo que ampliado técnicamente al ámbito de imposición de sanciones, configura el principio de juridicidad:[...]”.*



*Handwritten signature*

#### **6.4.2.- El derecho al debido proceso implica:**

*“[...] El artículo 76 de la Constitución garantiza que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso, y establece además que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial garantizar el cumplimiento de las normas, así como que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; y así también la garantía del debido proceso consolida, a su vez la seguridad jurídica que constituye el elemento esencial y patrimonio común de la cultura del Estado de derechos y justicia; la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución en donde la ley se concreta en la confiabilidad, en el orden jurídico, en la certeza sobre el derecho escrito y vigente, es decir, el reconocimiento y la previsión de la situación jurídica [...]”.*

#### **6.4.3.- El derecho a la defensa comporta:**

*“[...] el derecho de las personas a la defensa se manifiesta en que nadie puede ser privado del mismo en ninguna etapa o grado del procedimiento, contar con los medios adecuados, ser oído en el momento oportuno también denominado audialteram parte, el derecho de acceso al expediente, el derecho a formular alegatos y presentar pruebas, derecho a una decisión expresa, motivada y fundada en derecho, ser asistido por un abogado, recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en que se decida sobre sus derechos[...].”*

*“[...] El derecho a la defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental se proyecta como principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de alguna de las partes de un proceso o de un tercero con interés [...]”.*

#### **6.4.4.- El derecho a la seguridad jurídica entraña:**

*“[...] Como lo ha señalado esta Corte, la seguridad jurídica se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y en que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela.[...]”.*

*“[...] En definitiva, el derecho a la seguridad jurídica es una garantía de certeza de respeto a los derechos, o dicho de otro modo: una situación jurídica no será cambiada sino de conformidad con los procedimientos establecidos, es decir, el derecho constitucional a la seguridad en el orden jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y la ley, sin quedar sujeto a la arbitrariedad, de ahí su estrecha relación con el derecho a la tutela judicial, pues el respeto de la Constitución y de la ley garantizan el acceso a una justicia efectiva, imparcial y expedita [...]”.*

## **SÉPTIMO.- IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS O PRINCIPIOS VIOLADOS.-**

De expuesto en líneas precedentes, se determina que la conducta típica y antijurídica se encuentra prevista en el artículo 27, numeral 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, cuya comisión se le imputa al operador **OTV MULTICABLE**, al haber operado prestando los servicios de televisión por suscripción por cable en parroquias pertenecientes al cantón Otavalo, de la provincia de Imbabura, sin contar con el respectivo título habilitante, otorgado por la ARCOTEL.

Hecho que no ha sido desvirtuado por el operador económico en el expediente de investigación SCPM-IIPD-2017-014, así como tampoco dentro del presente procedimiento administrativo sancionador ni en la audiencia pública.

Por lo que queda evidenciado el impacto real de la conducta, la cual ha sido analizada y expuesta en el punto de afectación al interés general, eficiencia económica y bienestar general, según lo manifestado por la Intendencia de Investigación y Control del Prácticas Desleales, de lo cual se desprende que se ha generado un falseamiento a la competencia a través de la realización de actos contrarios a la competencia determinados en el numeral 9, artículo 27 de la LORCPM, como se mencionó en líneas anteriores la cual se generó de la comercialización no autorizada del servicio de televisión por suscripción en la modalidad de cable físico en zonas no autorizadas por la ARCOTEL.

## **OCTAVO.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRESENTADA POR LOS INTERVINIENTES.-**

### **8.1.- La prueba como garantía constitucional.-**

El artículo 76 numeral 7, letra h) de la Constitución de la República del Ecuador, consagra entre los derechos de las personas a la defensa, el de presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

Como se puede apreciar la norma constitucional expresamente determina el derecho a la prueba como una garantía que tienen las personas, en este caso, en el procedimiento administrativo sancionador por infracciones a la LORCPM.

**Sobre este punto la Corte Constitucional sostiene:**

*“(...) De una manera somera, diremos que el derecho de las personas a la defensa se manifiesta en que nadie puede ser privado del mismo en ninguna etapa o grado del procedimiento, contar con los medios adecuados, ser oído en el momento oportuno también denominado *audialteram parte*, el derecho de acceso al expediente, el derecho a formular alegatos y presentar pruebas, derecho a una decisión expresa, motivada y fundada en derecho, ser asistido por una abogado, recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos (...).”* Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Corporación de estudios y Publicaciones. Tomo VII. Junio 2012. Página 506.



*[Handwritten signature]*  
*[Handwritten signature]*  
*[Handwritten signature]*

### **En otro fallo la Corte Constitucional sustenta:**

*“(...) El segundo principio del debido proceso es el derecho a la defensa, que en palabras del tratadista Bernal Pulido, “se erige como uno de los principios integradores más importantes del debido proceso”. Según este autor una de las razones más importantes que justifican la existencia del derecho a la defensa es la necesidad que tiene cada individuo de saber si en su contra se tramitan procesos, de intervenir en ellos y de controvertir las acusaciones y las pruebas que allí se obren”. A criterio de esta Corte, el derecho a la defensa constituye un principio fundamental del debido proceso mediante el cual se faculta a una persona a formar parte de un proceso para presentar y contradecir los alegatos y pruebas que se presenten (...)” Sentencia No.093-12-SEP-CC Caso No.0358-09-EP de 03 de abril de 2012. S.R.O. No.718 de 6 de junio del 2012.*

### **8.2.- Análisis, doctrinario, jurisprudencial y legal sobre la valoración de la prueba.-**

La valoración de la prueba es una actividad intelectual y eminentemente mental por parte de la autoridad administrativa competente, cuyo objetivo es el grado de convicción que puede deducir al examinar y estimar debidamente los hechos y los medios de prueba suministrados por las partes en el expediente.

**David Blanquer afirma:** *“(...) La valoración de los resultados alcanzados mediante la práctica de las pruebas puede ser tasada (predeterminada por la norma aplicable), o libre pero razonada (si la prueba está encaminada a convencer a alguien y hay distintos medios de prueba, forzoso es analizar con criterios racionales que capacidad de persuasión resulta de cada uno de esos medios de prueba). Libre apreciación de la prueba no es lo mismo que soberana o arbitraria construcción del presupuesto de hecho al que hay que aplicar la norma. El fundamento de ponderación de la prueba estriba en máximas de la experiencia que no resultan de una constatación empírica e indubitable de los hechos, sino una proposición lógica y razonable fundada en la experiencia humana (...)”.* DERECHO ADMINISTRATIVO. Volumen 1. Editorial Blanch. Valencia 2010. Página 369.

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, sustentan que: *“(...) Es principio general en nuestro Derecho el de la prueba libre y, por lo tanto constituyen excepción los supuestos de prueba tasada o prueba legal, en los que el valor de las que se hayan practicado lo fija directamente la Ley (el documento público o el privado reconocido hacen prueba, lo mismo que la confesión): Este principio es aplicable igualmente en el ámbito del procedimiento administrativo y unido al de apreciación conjunta de las pruebas practicadas conforme a las reglas de la sana crítica (...)”* CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Tomo II. Civitas Ediciones. Octava Edición. Madrid 2002. Página 499.

El nuestro sistema jurídico rige el sistema de valoración de las reglas de la sana crítica, reglas que no constan en normas de derecho positivo, sino son básicamente la aplicación del correcto entendimiento humano con especiales fundamentos en la lógica jurídica y la



justicia, método que en la opinión del connotado juriconsulto uruguayo Eduardo Couture “(...) *Las reglas de la sana crítica son, ante todo las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas (...)*” FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Ediciones Depalma. Buenos Aires 11° Reimpresión 1987. Página 270.

#### **La Corte Constitucional del Ecuador, enseña:**

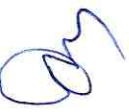
“(...) *Nuestro derecho procesal ha operado entre dos extremos: la prueba tasada y tarifaria, que entrañaba(...) la valoración de la prueba en la norma y la libre convicción que otorga total discrecionalidad al juzgador para establecer las formas de crearse convicción sobre la veracidad de los hechos probados. En medio de estas aparece la denominada como sana crítica, que supone la existencia de garantías de derecho sustantivo, pero da cierta libertad al juez para determinar algunas reglas adjetivas particulares del proceso para poder valorar la prueba, con el fin de comprobar y formarse convicción (...)*”. Sentencia No.010-12 SEP-CC (S.R.O 30 de marzo-2012) CASO No.1277-10-EP.

#### **De su parte la Corte Suprema de Justicia del Ecuador ilustra:**

“(...) *El sistema de la sana crítica procesalmente constituye el principio de valoración de la prueba atendiendo a las reglas del correcto entendimiento humano, donde se entrelazan la lógica y la experiencia del juez, a fin de conducir el descubrimiento de la verdad, mediante un proceso. Tal método de valoración probatoria, implica que necesariamente se debe apreciar en el proceso intelectual o volitivo, todo el conjunto de las prácticas legalmente, sin que le sea obligatorio al juzgador expresarlo en su resolución, sino solamente las que fueren decisivas para emitir el pronunciamiento objetado (...)*” Gaceta Judicial Serie XVII No.7. p.1899.

El inciso segundo del artículo 164 del COGEP, dispone: “La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá la obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión”.

De su parte el inciso primero del artículo 70 del Reglamento de Aplicación de la LORCPM, señala que: “El informe final contendrá la enumeración y valoración de la prueba presentada durante el término de prueba”. Igualmente, el inciso segundo del artículo 71 del citado Reglamento, exige que en la resolución que expida el órgano de sustanciación y resolución, **es decir, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, conste las pruebas presentadas por los interesados y su valoración**”.



### 8.3.- Análisis y valoración de las pruebas aportadas por las partes procesales.-

Por cuanto en la valoración de los medios de prueba para conocer el mérito de convicción y eficacia jurídica que se deduce de su contenido, efectuado por parte de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales y que constan en el Informe Final de Investigación, son correctos, esta Comisión acoge dicha apreciación y la hace suya en los siguientes términos:

En la formulación de cargos contra el operador económico denunciado, se señaló “(...) *Emitir la presente formulación en contra del operador económico, señor Andrés Patricio Lema Valencia propietario de OTV MULTICABLE por haber incurrido en la práctica desleal de VIOLACIÓN DE NORMA, tipificada en el artículo 27 numeral 9 de la Ley (...)*”, esto es por haberse constatado que ha operado sin título habilitante emitido por la autoridad competente, lo que se desprende de la información presentada por el mismo operador económico y confirmados por la ARCOTEL.

Es decir, se ha configurado el incumplimiento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, ya que el operador económico denunciado operó en las parroquias Eugenio Espejo, San Pablo, San Juan de Ilumán y González Suárez, con un título habilitante que no le autorizaba a operar en esas parroquias, es decir, la naturaleza de esta norma está relacionada con el ejercicio económico, la cual tiene carácter obligatorio en el mercado en el que se desenvuelve la actividad económica del investigado.

Es importante agregar, que el operador económico prestaba sus servicios de manera ilícita en el período comprendido desde el 26 de septiembre de 2015 hasta el 29 de diciembre de 2017, sin embargo, el operador económico investigado, indicó que no se le ha imputado sanciones por parte de la ARCOTEL, por lo que la formulario de cargos que se estudia en el presente expediente carecería de fundamento.

Al respecto, como se indicó por parte de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, y se confirmó por parte de la CRPI, tanto en el informe final, así como en expediente de investigación, la ARCOTEL es contundente en cada uno de sus escritos al manifestar que el operador económico OTV MULTICABLE no contaba con el título habilitante para operar en otras parroquias, dentro del período señalado anteriormente, generándose una ventaja significativa, esto se fortalece con la prueba de los ingresos percibidos durante dicho período, adicionalmente constan los resultados de las encuestas realizadas en la zona en la que se produjo la actividad económica así como de los operadores económicos competidores, corroborando así su presencia en dicho mercado.

Con la valoración expuesta, resulta evidente que el operador económico ha incurrido en la conducta de violación de norma, toda vez que la norma incumplida es de carácter obligatorio para los operadores que compiten en el mercado de prestación de servicios de audio y video por suscripción modalidad cable físico, y aún más se ha verificado la existencia de una

ventaja competitiva significativa, la cual fue adquirida de forma ilícita por parte del investigado.

## NOVENO.- DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN Y RESPONSABILIDAD QUE CORRESPONDA A SUS AUTORES.-

La Comisión de Resolución de Primera Instancia sustenta su resolución de la siguiente manera:

**9.1.-** En tal virtud, según el análisis realizado en la presente resolución, sobre la base del Informe Final de Investigación **SCPM-IGT-INICPD-11-2018-I** de 01 de octubre de 2018, suscrito por el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, se ha comprobado el cometimiento de la práctica desleal contemplada en el numeral 9 del artículo 27 de la LORCPM, por parte del operador económico **OTV MULTICABLE**, siendo esta conducta ajustable a lo contemplado en el artículo 79 *Ibidem*, que señala: “(...) *las infracciones graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (...)*”.

**9.2.-** En cuanto a la determinación del mercado de producto en la investigación, una vez realizado en análisis cualitativo y cuantitativo, se concluye que este se encuentra conformado por los sistemas de audio y video por suscripción, los cuales son prestados con la modalidad de cable físico con planes de gama baja.

**9.3.-** En cuanto al mercado geográfico se concluye que el mismo está conformado por las parroquias de Eugenio Espejo, González Suárez, San Rafael, San Pablo del Lago, San Juan de Ilumán y Dr. Miguel Cabezas Egas (Peguiche).

**9.4.-** En base a lo mencionado en el numeral que antecede, el mercado relevante es el de sistemas de audio y video por suscripción, los cuales son prestados con la modalidad de cable físico con planes de gama baja, en las parroquias de Eugenio Espejo, González Suárez, San Rafael, San Pablo del Lago, San Juan de Ilumán y Dr. Miguel Cabezas Egas (Peguiche), durante el período comprendido desde el 31 de agosto de 2015 hasta el 29 de diciembre de 2017. Siendo importante señalar que la cuota de mercado para el 2017 para DIRECTV es de 59,3%, **para OTV MULTICABLE es de 32,8%**, para CNT de un 6,2%, **para LOS LAGOS TV de 0,9%** y para CONECEL de 0,5%; evidenciándose de esta manera que existe una ventaja competitiva significativa para el operador económico investigado al poseer una posición estratégica y sostenida en el mercado en el que operó sin las autorizaciones de la ARCOTEL, **evitando incurrir en el gasto que implica el pago de derechos por la cobertura en las parroquias mencionadas, el cual asciende a USD \$15.000, lo cual, para su competidor directo LOS LAGOS TV representa el 290% de sus ingresos, mientras que para el operador económico investigado OTV MULTICABLE representa apenas el 5% de sus ingresos.**



9.5.- Por lo indicado, existió en este mercado relevante, una actividad económica que evidentemente impidió la competencia leal de sus concurrentes, restringió la capacidad de acción de los consumidores (suscriptores) en caso de suspensión del servicio ilegalmente brindado, y falseó la competencia atentando el bienestar general. En definitiva, de esta manera, se ha afectado actual y potencialmente la eficiencia económica, el comercio justo y el bienestar general, así como, los derechos de los consumidores y usuarios, presupuesto de hecho que se ajusta a lo previsto en la cláusula general prohibitiva contenida en el artículo 26 de la LORCPM.

#### DÉCIMO.- CRITERIO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA MULTA.-

Para este efecto se ha considerado lo establecido por el artículo 80 de la LORCPM, El Reglamento para la Aplicación de la LORCPM y la normativa establecida en la Resolución No. 12 de la Junta de Regulación:

Metodología Junta de Regulación		
	DESCRIPCIÓN	INRALBE
<b>A</b>	VOLUMEN DE NEGOCIO EN EL MERCADO RELEVANTE	\$ 197.989,21
<b>B</b>	$\beta = f(\text{gravedad } (\alpha), \text{afectación } (\Theta))$	0,00479990786
<b>C = (A*B)</b>	IMB=Importe Base de Operador	949,89
<b>D</b>	Duración de la infracción	2,5
<b>E= (C*D)</b>	BIM*DURACIÓN	2.374,73
<b>F</b>	Yi	0,85
<b>G = F*E</b>	AJUSTE DEL IMPORTE BASE TOTAL	2.018,52

Donde:

**A.-** El volumen de negocios del operador económico investigado en el mercado relevante determinado. (Numeral 6.1 de la presente resolución).

**B.-** Gravedad: Incluye la naturaleza de la infracción, según el literal c, numeral 2, del artículo 78 de la LORCPM es grave.

Adicional el coeficiente ( $\alpha$ ), está determinado por el mercado geográfico que en este caso es un mercado local.

Afectación ( $\Theta$ ): Se considera el HHI Normalizado, que de acuerdo al informe de la Intendencia se encuentra en el primer quintil.

C.- Resultado de A x B

D.- Conforme la información proporcionada por la Intendencia la infracción se produjo en el período comprendido desde el 26 de agosto de 2015 hasta el 29 de diciembre de 2017, es decir, 0,5 por un semestre del año 2015 y 2 por los años 2016 y 2017;

E.- Resultado de C x D

F.- No existen circunstancias agravantes que considerar, en cuanto a las circunstancias atenuantes se consideró:

- La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción
- La colaboración activa y efectiva con la SCPM llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 83 y 84 de la LORCPM

G.- Resultado de F x E.

**UNDÉCIMO.- RESOLUCIÓN.-** En mérito de los razonamientos de orden jurídico que anteceden, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en uso de sus atribuciones contempladas en el artículo 61 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en concordancia con el artículo 71 de su Reglamento de Aplicación.

#### RESUELVE:

1. Acoger parcialmente el Informe Final de Investigación **SCPM-IGT-INICPD-11-2018-I** de 01 de octubre de 2018, suscrito por el abogado Marlon Vinuesa Armijos, Intendente Nacional de Investigación y Control de Práctica Desleales de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, por haber encuadrado su conducta a lo que prescribe el numeral 9 del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.
2. **IMPONER** al operador económico **OTV MULTICABLE**, la multa sancionadora de **DOS MIL DIECIOCHO DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON 52/100 (US \$2018,52)**, al haberse comprobado dentro del presente procedimiento administrativo que ha incurrido en la conducta de violación de norma, toda vez que la norma incumplida es de carácter obligatorio para los operadores que compiten en el mercado de prestación de servicios de audio y video por suscripción modalidad cable físico, y aún más se ha verificado la existencia de una ventaja competitiva significativa, la cual fue adquirida de forma ilícita por parte del investigado, prestando sus servicios en parroquias distintas a las que se establecen en el título habilitante.



**ORDENAR** al operador económico **OTV MULTICABLE**, que la multa sancionadora establecida en esta resolución, sea pagada dentro del término de

veinte (20) días, contados a partir de la notificación de la presente resolución, para cuyo efecto, deberán pagar estos valores económicos en la cuenta corriente del Banco del Pacífico, signada con el No.7445261 a nombre de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

Realizado el pago de la multa sancionadora impuesta, el operador económico **OTV MULTICABLE**, deberá presentar el comprobante del depósito inmediatamente a la CRPI, y una copia certificada a la Dirección Nacional Financiera, con la finalidad de registrar el ingreso a la cuenta institucional.

#### 4. **MEDIDAS CORRECTIVAS.**

4.1.- La realización de un seminario o congreso relacionado con temas de competencia desleal, con el propósito de informar sobre las consecuencias de realizar prácticas anticompetitivas, durante el año 2019, para lo cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales deberá coordinar acciones con la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia, para el cumplimiento de dicho evento.

4.2.- Realizar una publicación semestral durante dos años en redes sociales, las cuales deben contener la importancia de realizar buenas prácticas competitivas comerciales en el sector de telecomunicaciones, relacionadas con la competencia desleal, dichas publicaciones serán aprobadas por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, para lo cual coordinará acciones con la Dirección Nacional de Comunicación e Imagen Institucional de la SCPM.

El operador económico **OTV MULTICABLE**, semestralmente, deberá presentar a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales los medios de verificación de cumplimiento de esta medida correctiva.

5. **ENCÁRGUESE** a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, la realización del seguimiento y control del cumplimiento de las medidas correctivas dispuestas en la presente resolución, para lo cual presentará a esta Comisión informes semestrales respecto del cumplimiento de las medidas correctiva durante los próximos dos (2) años.


6.- **NOTIFÍQUESE** la presente Resolución al operador económico **OTV MULTICABLE**, al operador económico **LOS LAGOS TV**; a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, a la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia, a la Intendencia Nacional de Planificación, a la Dirección Nacional Financiera; a la Dirección Nacional de

Comunicación e Imagen Institucional; y, a la Secretaría General de la SCPM, para los fines legales pertinentes.

- 7.- **ACTÚE** en calidad de Secretario Ad-hoc, de esta Comisión, el abogado Eduardo Maigualema Herrera.- **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.-**



Dr. Marcelo Ortega Rodríguez  
**COMISIONADO**



Dr. Agapito Valdez Quiñonez  
**COMISIONADO**



Dr. Oswaldo Ramón Moncayo  
**PRESIDENTE**





COMISIÓN DE  
RESOLUCIÓN  
PRIMERA  
INSTANCIA

**PÁGINA EN BLANCO**