

## EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-2016-035

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** Quito, 18 de agosto de 2016, las 10h50.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Presidente de la Comisión, al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado; y, al doctor Diego Jiménez Borja, Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes. Quienes en uso de sus atribuciones disponen: i) Agréguese al expediente los alegatos presentados por Xavier Rosales Kuri abogado representante del operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL ingresado por Secretaria General el 11 de julio de 2016 compuesto por 20 páginas. ii) Agréguese el informe No. SCPM-IIAPMAPR-DNIAPM-068-2016 de 16 de agosto de 2016, suscrito por el abogado Eduardo Esparza Paula, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas recibido mediante sistema SIGDO constante de 7 documentos y una grabación multimedia. iii) Agréguese al expediente el informe No. SCPM-IIAPMAPR-DNIAPM-069-2016 de 18 de agosto de 2016, como alcance al informe No. SCPM IIAPMAPR-DNIAPM-068-2016 con trámite del sistema SIGDO 21132. Por corresponder al estado procesal del expediente el de resolver, para hacerlo se considera:

### **PRIMERO.- COMPETENCIA.-**

La Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante Comisión o CRPI) es competente para resolver el presente expediente de investigación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM), en concordancia con el artículo 71 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante Reglamento de la LORCPM) que establece: “Una vez efectuada la audiencia o concluido el término de prueba, el órgano de resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado dictará resolución debidamente motivada en un plazo máximo de noventa días (90) días.

### **SEGUNDO.- VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.-**

En la audiencia pública celebrada el día jueves 14 de julio de 2016, a las 10h00, en la Sala de Audiencias de la Corte Nacional de Justicia y los alegatos presentados por el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL (en adelante también solo CONECEL S.A.) se insiste en la nulidad del proceso motivo por el cual esta Comisión realiza las siguientes consideraciones:

#### **2.1.- Sobre la orden de archivo que invalida el procedimiento.-**

El operador económico **CONECEL S.A.**, afirma: “[...] *todo el procedimiento administrativo de investigación que se inició con providencia del 5 de noviembre de 2014 es legalmente improcedente, pues se pretende juzgar el Supuesto Incumplimiento pese a que la Orden de Archivo lo impide. Se pretende, pues, revocar tácitamente la Orden de Archivo, en virtud de la cual la CRPI ya se declaró incompetente para conocer sobre la misma materia [...]*”. En tal virtud, es menester efectuar el siguiente examen:

**2.1.1.-** La Comisión de Resolución de Primera Instancia de aquel entonces, dentro del expediente 002-SCPM-CRPI-2013 (medidas preventivas) mediante providencia de 07 de febrero de 2014, a las 08h30, dispuso: “[...] *A la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, otorgar el término de quince (15) días, a fin de que realice la investigación y seguimiento relacionados con el cumplimiento de las medidas preventivas dispuestas por esta autoridad en Resolución de 30 de abril del 2013, a las 09h00 y ratificada el 16 de mayo de ese mismo año, debiendo remitirse el memorando correspondiente. 2.- Una vez culminada la investigación, la Intendencia presente un informe debidamente sustentado donde deberá sugerir a la Comisión de Resolución de Primera Instancia las acciones que ameriten ser adoptadas, en caso de ser pertinentes [...]*”.

**2.1.2.-** La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, emite providencia de 17 de febrero de 2014, a las 16h30, teniendo como antecedentes los siguientes elementos:

*[...] i) Que la Comisión de resolución de Primera Instancia, con fecha 30 de abril del 2013, a las 09h00, emitió Resolución de Medidas Preventivas, en cuyo numeral segundo dispone: Que se ordena como medida preventiva de manera provisional la suspensión de las cláusulas de exclusividad que constan en los contratos de arrendamiento suscrito entre el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A-CONECCEL para el arrendamiento de inmuebles destinados a la instalación de radio bases y sus infraestructuras complementarias. ii) Que la Comisión de Resolución de Primera Instancia mediante providencia de 16 de mayo de 2013, ratificó la adopción de medidas preventivas toda vez que las circunstancias que determinaron su adopción no habían cambiado. iii) Que la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en la audiencia pública realizada el 15 de enero de 2014 dentro del expediente No.009-SCPM-CRPI-2013 sustanciado por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, solicitó se incorporen los informes de fecha 6 y 7 de enero de 2014, generados con motivo de las pericias realizadas en las Provincias de Esmeraldas, Manabí y Napo que concluyen que CONECCEL S.A. no ha dado cumplimiento oportuno y completo a las medidas preventivas sino hasta el mes de diciembre y enero en los sitios objeto de la pericia [...]*” Por consiguiente la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas “[...] **RESOLVIÓ** iniciar una Investigación Preliminar de oficio cuyo informe no podrá ser expedido, en más de ciento ochenta días de conformidad con lo establecido en el artículo 55 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado [...]”.

**2.1.3.-** La Investigación Preliminar de incumplimiento de medidas preventivas por la comisión de una infracción contemplada en el artículo 78, numeral 1, literal d) de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado, se generó en la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas dio origen al expediente autónomo e independiente signado como SCPM-IIAPMAPR-EXP-002-2014. Como manifiesta el jurista nacional Jorge Zavala Egas, cuando afirma: “[...] *Para ejercer la potestad administrativa, el sujeto que la tiene atribuida, debe ejercer una*

*actividad para la realización del fin público, a través de un procedimiento administrativo recogido por los principios de eficacia, calidad, jerarquía desconcentración, descentralización, coordinación, participación, transparencia y evaluación.[...]*”  
Lecciones de Derecho Administrativo Jorge Zavala Egas, Primera Edición, Edilex S.A., Perú 2011. Página 176.

**2.1.4.-** La Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, con memorando SCPM-IIAPMAPR-2014-011 de 19 de marzo de 2014, remitió a la Comisión de Primera Instancia, el Informe No.SCPM-IIAPMAPR-037-2014 de 19 de marzo de 2014, el cual en sus conclusiones expresa: “[...] 5.1 *El periodo en el que CONECEL S.A., debió cumplir las medidas preventivas dispuestas por la Comisión de Resolución de Primera instancia es desde el 30 de abril del 2013 hasta el 6 de febrero del 2014. 5.2 Del análisis e informe No. SCPM-IIAPMAPM-034-214, se establece que los contratos en mención, son SOLEMNES, en tal virtud, están sujetos a la observancia de ciertas formalidades especiales que no se han cumplido conforme a la normativa legal vigente, tanto más que del informe No.(sic) Se desprende que la información para constatar el cumplimiento de las medidas preventivas dispuestas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, constan en fotocopias simples, lo cual en atención a lo dispuesto por la Ley de Modernización del Estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos no constituye prueba alguna. 5.3 De igual forma, las comunicaciones remitidas por Conecel S.A. a sus arrendadores, en los casos que se han efectuado mediante escritura pública, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 35 de la Ley Notarial, cualquier adición, aclaración o variación, debían hacerse por escritura pública en instrumento separado, quedando inclusive anotado en el primitivo que hay el instrumento que lo adiciona, aclara o varía, expresando la fecha de su otorgamiento y la foja del protocolo en que se halle, por lo cual dichas comunicaciones no constituyen constancia de cumplimiento alguno. Por lo analizado, se concluye que dentro del período que CONECEL S.A. debía dar cumplimiento a las medidas preventivas dispuestas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, no se cumplieron conforme a Ley y lo dispuesto por el órgano de sustanciación y resolución de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado[...]*”

**2.1.5.-** Sin embargo, pese a que el informe antes citado concluye que CONECEL S.A., no cumplió con la adopción de las medidas preventivas dispuestas por el órgano de sustanciación y resolución a Comisión de Resolución de Primera Instancia de ese entonces, mediante decisión de 06 de mayo de 2014, a las 13h30, en base de la Comunicación GR-642-2014 de 10 de marzo de 2014, suscrita por la abogada Virginia Nakagawa, Apoderada Especial del Consorcio de Telecomunicaciones S.A. CONECEL y del Informe No.SCPM-IIAPMAPR-2014-011 de 19 de marzo de 2014, resolvió: “[...] 1.- *En razón de haberse presentado sobre el tema principal, esto es el expediente signado en la Comisión con el número 009-SCPM-CRPI.2013, recurso contencioso administrativo, ante el Tribunal Contencioso Administrativo No. 2 de la ciudad de Guayaquil, esta autoridad ya no es competente para seguir conociendo el presente proceso y dispone su ARCHIVO [...]*”.

**2.1.6.-** La decisión de archivo por parte de la Comisión de esa época es exclusivamente del expediente No.002-SCPM-CRPI-2013, que trataba la adopción o no de las medidas

preventivas esto obedece a varias razones la primera que las medidas preventivas no son definitivas y subsisten en tanto y en cuanto se resuelva la causa principal y que la orden de suspensión de las cláusulas de exclusividad que constaban en los contratos de arrendamiento suscritos entre el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL para el arrendamiento de inmuebles destinados a la instalación de radio bases y sus infraestructuras complementarias que fuera emitida como medida preventiva, por tal motivo y por imperio de lo establecido en el artículo 78 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que expresa que las medidas preventivas cesarán en el plazo que establezca el órgano que lo disponga o cuando se adopte la resolución que ponga fin al procedimiento. Hay que recalcar que la Comisión no posee atribuciones normativas para ordenar a la Intendencia el archivo de expediente de investigación alguno. Por lo tanto es jurídico y legal la investigación preliminar iniciada de oficio el 17 de febrero de 2014, a las 16h30, por la infracción prevista en el artículo 78, numeral 1, literal d) de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado, tramitada por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro el expediente independiente y autónomo signado con el No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-002-2014, el órgano de investigación cuenta con la suficiente facultad y competencia legal para investigar el incumplimiento de las medidas preventivas dispuestas en su oportunidad por el órgano de sustanciación y resolución en contra del operador económico CONECEL S.A.

**2.1.7.-** En la resolución de la Comisión del 06 de mayo de 2014, a las 13h30, nada se dice y no se ordena el archivo de la Investigación sustanciada por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante expediente signado con el No.SCPM-IIAPMAPR-EXP-002-2014, el mismo que ha sido sustanciado con sujeción a lo previsto en los artículos 53 de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado, 54 y siguientes de su Reglamento de Aplicación, hasta la emisión del informe final, contando en todas sus fases con la presencia del operador económico CONECEL S.A., quien ha ejercido de manera amplia y suficiente su derecho a la defensa, razón por la cual, el expediente antes invocado se mantiene incólume y ha dado lugar a la emisión del informe final SCPM-IIAPMAPR-025-2016 de 21 de junio de 2016, siendo sustanciado por esta Comisión mediante expediente SCPM-CRPI-2016-035, nótese que el flujo del trámite del expediente abierto de oficio por incumplimiento de medidas preventivas no se altera en ninguna parte del proceso por el archivo del expediente SCPM-CRPI-2013-002 iniciado para la adopción de medidas preventivas. No es lo mismo un expediente que busca adoptar medidas preventivas que uno que busca investigar el cumplimiento de las medidas preventivas, son materias diferentes y casos diferentes, aunque el operador económico sea el mismo.

En este sentido el ilustre tratadista Enrique Rojas Franco, precisa que “[...] *el órgano competente para dictar el acto final proceda a tomar la decisión de iniciar el procedimiento y designar al órgano director encargado de tramitar el desarrollo del mismo, invistiéndolo de manera formal de las facultades necesarias para que posea la competencia y capacidad jurídica requeridas para la validez de sus actuaciones [...]*”. Y agrega “[...] *Así las cosas, el órgano director deberá fundamentalmente notificar al interesado de los hechos, cargos, motivos, carácter y fines por los cuales se abre el*

*respectivo procedimiento administrativo [...] Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo, Edilex S.A, Lima enero 2007, Página 487.*

En palabras de Tomás Cobo Olvera, “[...] *El ejercicio de los derechos de defensa y a ser informado de la acusación en el seno del procedimiento administrativo sancionador presupone, obviamente, que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues sólo así podrá disfrutar de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa previa a la toma de decisión y, por ende, que la Administración siga un procedimiento en el que el denunciado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y de alegar lo que a su derecho convenga [...]*”. El Procedimiento Administrativo Sancionador Tipo, Editorial Bosch, Cuarta Edición 2014, Página 93.

De su parte la Corte Constitucional enseña: “[...] *todas las facultades que tiene la administración pública, que se manifiestan a través de los actos administrativos que expide, deben siempre observar los procedimientos formales establecidos para el efecto y respetar los derechos constitucionales de las personas. Ese es precisamente su límite, sin que en ningún caso, ante la eventual trasgresión a los derechos las personas estas queden en indefensión [...]*” Sentencia No.156-12 SEP-CC.CASO 0556-10-EP.

## GRÁFICO EXPLICATIVO DE LOS PROCESOS TRAMITADOS TANTO EN LA IIAPMAPAR Y LA CRPI



### 2.2.- Validez de los actos y del procedimiento administrativo.-

**2.2.1.-** Es evidente y fluye sin mayor esfuerzo que las actuaciones administrativas constantes en el expediente No.SCPM-IIAPMAPR-EXP-002-2014, tienen suficiente validez y eficacia jurídica, en los términos que instruye la Corte Constitucional del Ecuador al sustentar: “[...] *es conocido que según la doctrina y la jurisprudencia el acto administrativo es toda declaración unilateral efectuado en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos en forma directa; que goza de legitimidad, ejecutoriedad, validez y eficacia, presunción de legitimidad que considera que toda decisión emanada del poder público está enmarcada en el respectivo ordenamiento*

*jurídico; en consecuencia, todo acto administrativo es válido hasta que la autoridad competente declare lo contrario, esto es, anule o decida la ilegalidad de tal acto [...]*” Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones Tomo XI julio 2012, páginas 408 y 409.

En tal consideración, tanto el expediente No.SCPM-IIAPMAPR-EXP-002-2014 como el presente signado con el No.SCPM-CRPI-2016-035, se han sustanciado con observancia y aplicación de los derechos y garantías constitucionales, sin que se aprecie nulidad por omisión de solemnidades sustanciales o por violación de trámite que vicie el procedimiento administrativo, sino con acatamiento a los mandatos de la Corte Constitucional, cuando señala:

**2.2.2.-** En lo que se refiere al derecho al debido proceso la Corte Constitucional ilustra:

*“[...] El artículo 76 de la Constitución garantiza que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurara el derecho al debido proceso, y establece además que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes, 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 [...]*”.

**2.2.3.-** En relación al derecho de defensa la Corte Constitucional sustenta:

*“[...] 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 un abogado, recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos [...]*”.

*“[...] El derecho de 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 algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés [...]*”.

**2.2.4.-** Respecto a la seguridad jurídica la Corte Constitucional sostiene:

*“[...] El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. 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 que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela [...]”.*

2.2.5.- En definitiva, el presente procedimiento administrativo por incumplimiento de medidas preventivas, cuya conducta que se encuadra en el numeral 1 del literal d) del artículo 78 de la LORCPM, ha sido sustanciado de conformidad con las disposiciones contenidas tanto en los artículos 75, 76 y 169 de la Constitución de la República así como en las disposiciones constantes en la LORCPM y el Reglamento de Aplicación de la LORCPM, con observancia de las garantías constitucionales del debido proceso, derecho de defensa y seguridad jurídica, así como de los principios constitucionales de simplificación, eficacia, celeridad y economía procesal sin que se advierta error, vicio o irregularidad que pueda influir en la decisión del presente expediente, razón por la cual se declara la validez de todo lo actuado.

### **TERCERO: ANTECEDENTES.-**

Dentro del expediente de investigación SCPM-IIAPMAPR-2014-002 la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas realiza las siguientes acciones procesales:

**3.1. Investigación preliminar.-** Mediante resolución de 17 de febrero de 2014, a las 16h30, constante en fojas 1 del expediente, el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en la parte dispositiva primera resolvió:

*PRIMERO: Iniciar una Investigación Preliminar de Oficio cuyo informe no podrá ser expedido en más de ciento ochenta (180) días término de conformidad con lo establecido en el artículo 55 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. [...]*

**3.1.1.** Mediante providencia de 20 de febrero de 2014, a las 10h00, constante en fojas 16 del expediente, se dispuso:

*2.- De conformidad con el artículo 50 de la Ley Orgánica de Regulación de Control y Poder de Mercado, mediante oficio requiérase al Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL para que el término de cinco (05) días remita a este órgano de investigación toda la documentación que a través de cualquier medio justifique el cumplimiento de la disposición contenida en el numeral segundo de la Resolución de 30 de abril de 2013 a las 09H00 emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia.*

**3.1.2.** En providencia de 28 de febrero de 2014 las 10h30 se agrega el memorando No SCPM-CRPI-066-2014 suscrito por la Lic. Sara Báez Rivera Presidenta de la CRPI mediante el cual remite el escrito presentado por la abogada autorizada de Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A, María Belén Salvador, de 3 de mayo de 2013 a las 09h11, en el que manifestó:

No obstante que CONECEL está en desacuerdo con la medida preventiva adoptada mediante providencia de 30 de abril de 2013, ha dado cumplimiento a la misma disponiendo lo siguiente: **1. La suspensión del ejercicio de cualquier derecho contractual de exclusividad que pudiera invocar frente a los propietarios de los inmuebles, con los que ha suscrito contratos de arrendamiento para instalar sus radiobases.** **2. La orden de que no se incorpore en los contratos de arrendamiento de esa clase que en adelante se suscriba, cláusulas como la que ha generado el inicio de este expediente.** (Lo subrayado y en negrillas me pertenecen).

**3.1.3.** En providencia de 28 de febrero de 2014 las 10h30 se agrega el escrito presentado por la señora Virginia Nakagawa Morales, constante desde fojas 24 a 1058, en la calidad de Apoderada Especial del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones, CONECEL S.A., de 27 de febrero de 2014, a las 14h41, se adjuntó lo siguiente:

*Sírvase encontrar adjunto al presente, copias de las 1030 notificaciones en 1035 hojas, en las que se deja constancia la declaración de inexistencia de la “cláusula de exclusividad” y “cláusula de interferencia” de los contratos de arrendamiento donde como CONECEL tenemos instalada infraestructura de telecomunicaciones.*

**3.1.4.** Mediante providencia de 05 de marzo de 2014, a las 11h00, constante en fojas 1062, el Intendente de Investigaciones de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas dispuso:

*A la Dirección Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, presente un informe sobre la revisión y análisis de los anexos entregados por el operador económico CONECEL S.A. mediante Oficio Nro. GR-0431-2014 presentado a esta Superintendencia el 27 de febrero de 2014 a las 14h41 en el término de seis (6) días, debiendo enviarse el respectivo memorando.*

**3.1.5.** Mediante memorando No. SCPM-IIAPMAPR-2014-105-M, de 12 de marzo de 2014, constante en fojas 1073 a 1076, la Directora Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, abogada Estefanía Álvarez, remite al economista Carlos Chavarría, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas (E), el informe No. SCPM-IIAPMAPR-034-2014, suscrito por los servidores Mauricio Vásquez Andrade; y, Juan Fernando Orellana Fernández, funcionarios de la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, el que estableció:

*III ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN: III.1 Del análisis y revisión de los anexos al oficio Nro. Oficio Nro.(sic) GR-0431-2014 de fecha 27 de febrero de 2014 se establecen las siguientes observaciones: a) El operador señala que remite 1030 oficios de notificación a propietarios de bienes inmuebles, indicando que deja constancia la declaración de inexistencia de la ‘cláusula de exclusividad’ y ‘cláusula de interferencia’ de los contratos de arrendamiento donde tiene instalada su infraestructura; sin embargo verificada la documentación se encuentra que son 1032 oficios con el mismo texto dirigido a diferentes personas. b) De los referidos 1032 oficios, 80 se encuentran repetidos una o varias veces. De estos oficios repetidos, 51 poseen la misma firma de recepción y 29 contienen firmas de distintos receptores pero dirigidos al mismo destinatario. c) Con estas observaciones*



se establece que las “notificaciones” reales enviadas por el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL son 952. (Anexo 3 en digital). ) Los oficios remitidos por el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL se encuentran todos en copias simples, sin notarizar y sin número cédula de ciudadanía del propietario. Solamente dos oficios se encuentran en copias simples y sin notarizar por igual, más si tienen cédula de identidad del propietario adjunta al oficio. III.2 Del análisis, revisión y cotejamiento de la tabulación contenida en el expediente Nro. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2012-001 con los anexos remitidos por el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A. se establece las siguientes observaciones: a) De 952 ‘notificaciones’ realizadas por el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL; 547 constan en la tabulación de contratos contenidos en el expediente Nro. SCPM-IIAPMAPR-2012-001, y 405 no constan en dicha tabulación de contratos. (Ver anexos 1 y 4.1 en digital). b) Con dicha observación establecida en el literal a del presente numeral, se puede inferir que existen al menos 405 contratos de la misma naturaleza jurídica suscrita por el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL y otros arrendadores. c) De 1,515 contratos de arrendamiento de inmuebles (anexo 1 en digital), 548 se encuentran como no vigentes al 27 de enero de 2014, 934 se encuentran vigentes a la fecha antes descrita y 33 contratos no se puede determinar la vigencia de duración por cuanto no se tiene datos disponibles. d) En 1,515 contratos de arrendamiento de inmuebles, constan 1,482 arrendadores. De los mismos, 1450 arrendadores constan una sola vez entre 1,515 contratos, 31 arrendadores figuran en dos contratos; y 1 un arrendador figura en tres. e) Con las observaciones indicadas en los literales a y d del presente numeral, se establece que existen 530 propietarios de bienes inmuebles que se puede presumir no fueron notificados sobre la declaración de inexistencia de ‘cláusulas de exclusividad’ y ‘cláusulas de interferencia’ de los contratos de arrendamiento donde se encuentra instalada su infraestructura. IV CONCLUSIONES: Del análisis y revisión de la información remitida por el señor Intendente mediante memorando Nro. SCPM-IIAPMAPR-2014-093-M de 05 de marzo de 2013 y la tabulación contenida en el expediente Nro. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2012-001, se concluye lo siguiente:

- a) Toda vez que existe una diferencia de 530 propietarios de bienes inmuebles los cuales no constan entre 952 ‘notificaciones’ realizadas por el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, se puede presumir que existen propietarios de bienes inmuebles que no han sido notificados sobre la declaración de inexistencia de ‘cláusula de exclusividad’ y ‘cláusulas de interferencia’ de los contratos de arrendamiento donde tiene instalada su infraestructura.
- b) Se colige que existe más contratos de la misma naturaleza jurídica suscrita por el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL y otros arrendadores; por cuanto existen ‘notificaciones’ que no constan en la tabulación de contratos contenida en el expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2012-001.
- c) No se puede establecer la veracidad ni el contenido de las ‘notificaciones’ remitidas por el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, por cuanto todas se encuentra en copias simples sin notarizar y sin número de cédula de ciudadanía del propietario.
- d) Lo que para el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL se denomina ‘notificación’, del análisis se desprende que es una comunicación simple toda vez que no está investida de las

*solemnidades de ley para considerarse como una notificación, tanto más que dicha comunicación modifica una parte sustancial de los contratos mencionados.*

**3.1.6.** Mediante Informe SCPM-IIAPMAPR-1622014 (sic), de 30 de octubre de 2014, a las 16h55, suscrito por el doctor Wilmer Campaña, Director Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, dirigido al doctor Alexis Jurado, Intendente de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, constante en fojas 1078 a 1081, concluyó: *CONCLUSIONES.- De la revisión de los recaudos constantes en el expediente administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-2014-002, se desprende que existen serias falencias en los procesos de “notificación” realizados a los propietarios de los bienes inmuebles en los que el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., representado por la señora ROSA VIRGINIA NAKAGAWA MORALES, tiene su infraestructura de telecomunicaciones. La Empresa Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. debió dar cumplimiento a la disposición del Señor Superintendente (sic) de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de 20 de febrero de 2014, sin embargo en el escrito que se ingresado (sic) el 27 de febrero de 2014, a esta Dependencia constan únicamente copias simples que adolecen de las solemnidades contempladas en el Art. 35 de la Ley Notarial y con varias inconsistencias.- Por lo indicado se concluye que el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A., no dio cumplimiento a las medidas dispuestas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. RECOMENDACIONES.- Toda vez que se han identificado indicios de la presunta comisión de una infracción muy grave descrita en el literal d, numeral 3, del artículo 78 de la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado, por parte del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., representado por la señora ROSA VIRGINIA NAKAGAWA MORALES se recomienda proseguir con la etapa de investigación formal. Mediante providencia de 5 de noviembre de 2014 a las 15h10, el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (E), constante en foja 1082, dispone: TERCERO: Que tras haber tenido conocimiento sobre posibles conductas susceptibles de constituir infracción, tal como incumplir o contravenir lo establecido en una (sic) del órgano sancionador resolución de la Superintendencia de Control del Poder del Mercado, se presume la existencia de la infracción descrita en el literal d) del numeral 3. (sic) del artículo 78 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, por parte del operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones ‘CONECEL S.A.’;*

**3.1.7.** Mediante escrito presentado en Secretaría General de esta Superintendencia el 27 de noviembre de 2014, a las 14h54, por la señora Virginia Nakagawa, en calidad de Apoderada Especial del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, constante en fojas 1101 a 1111, expuso las explicaciones del operador económico en mención, resaltando entre otras cosas: *Lo primero que debe CONECEL afirmar, sobre la base de los antecedentes expuestos, es que el procedimiento administrativo que se ha iniciado con providencia de 17 de febrero de 2014 es legalmente improcedente, pues se pretende juzgar el Supuesto Incumplimiento pese a que la Orden de Archivo lo impide. Se pretende, pues, revocar tácitamente la Orden de Archivo, en virtud de la cual la CRPI ya se declaró incompetente para conocer sobre la misma materia. a) El cumplimiento de la Medida Preventiva no requería de CONECEL acción (positiva) alguna. Para cumplirla bastaba abstenerse de ejercer los derechos derivados de las cláusulas contractuales suspendidas. CONECEL niega pura y simplemente haber ejercido los*

derechos derivados de las cláusulas suspendidas desde que se dictó la Medida Preventiva [...] Por tanto, para que pueda imputarse a CONECEL el incumplimiento de la Medida Preventiva, tendría la SCPM que probar que luego de dictada aquella CONECEL siguió ejerciendo los derechos derivados de las cláusulas contractuales suspendidas [...]

b) [...] la única actuación requerida por parte de CONECEL fue no continuar (suspender) aplicando dichas cláusulas de exclusividad, como efectivamente ocurrió.

c) [...] CONECEL recuerda que inmediatamente luego de dictada la Medida Preventiva, mediante escritos presentados el 3 y el 5 de mayo de 2013 informó a la CRPI que ya la había cumplido, mediante la emisión de las siguientes disposiciones internas [...]; [...] más allá de que rechazamos las supuestas falencias, parte de un claro yerro conceptual (i) no solo de la naturaleza de la Medida Preventiva (que solo podía ser incumplida si CONECEL seguía ejerciendo, positivamente, los derechos contractuales derivados de las cláusulas suspendidas), (ii) sino también del propósito de las tales 'notificaciones' analizadas en los citados informes, que no fueron enviadas para comunicar las suspensión ordenada en la Medida Preventiva. Dichas comunicaciones, fechadas el 27 de enero de 2014, tuvieron un propósito distinto: demostrar dentro del Proceso Principal su falta de interés en mantener la vigencia de las citadas cláusulas de exclusividad, en forma previa a la emisión de la resolución, y con independencia de lo que la SCPM decida. Por eso resulta jurídicamente irrelevante la forma en la que fueron enviadas o 'notificadas', para usar las palabras de los antedichos informes. Es decir, se trató de una actuación voluntaria y unilateral de CONECEL destinada a dejar sin efecto definitivamente, de motu proprio, las cláusulas de exclusividad. En nada tienen relación con la Medida Preventiva, que CONECEL reitera no requería de actuación positiva alguna suya que no fuere dejar de aplicarlas, como en efecto ocurrió. [...]

### **3.2.- Investigación formal**

**3.2.1.** Mediante providencia de 11 de diciembre de 2014 a las 16h40, constante en fojas 1116 a 1118, el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, resuelve:

**PRIMERO.-** Iniciar de oficio una investigación formal en contra del operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., cuyo plazo de duración no podrá exceder de ciento ochenta (180) días, prorrogables hasta por ciento ochenta días adicionales por una sola vez, conforme lo establece el Art. 62 del Reglamento Para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. **SEGUNDO.-** Las conductas investigadas por la posible comisión de la infracción son aquellas establecidas en el artículo 78, numeral 3, literal d) de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado.[...]

**3.2.2.** Mediante providencia de 25 de febrero de 2015 a las 10h30, constante en fojas 1127, se estableció:

Se dispone que el operador económico **CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A.**, remita a esta Intendencia en el término de tres (3) días, contados a partir de la notificación con la presente providencia, la siguiente información: **a)** Indique el número de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles para la instalación de radio bases, que se hayan suscrito a partir del 30 de

abril de 2013 hasta la presente fecha; y, **b)** Indique el lugar o lugares físicos en los cuales reposan dichos contratos, especificando la ciudad y dirección en los que esto se encuentren.[...]

[...] marzo de 2015 a las 15h06, constante a fojas 1130 a 1134, Xavier Rosales Kuri, en calidad de abogado autorizado del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., adjunta “el listado de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles para la instalación de radiobases, suscritos por Conecel a partir del 30 de abril de 2013 hasta la presente fecha.” Asimismo, señala que “los referidos contratos se encuentran físicamente ubicados en las oficinas de Conecel en la Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, Edificio Centrum, 4to piso de la ciudad de Guayaquil”. De fojas 1131 a 1134 consta el listado de los contratos antes mencionados en un número total de 580 contratos.

**3.2.3.-** Mediante Oficio No. GNRI-GCOMP-2015-026 de 9 de marzo 2015, recibido en esta Superintendencia en la misma fecha a las 10h24, constante en fojas 1141, suscrito por la abogada Grace Ordoñez Vázquez, Gerente de Competencia y Mercado de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones y el ingeniero Fabián Ortega, Gerente de Ingeniería Corporación Nacional de Telecomunicaciones, se transcribe lo expuesto en su escrito y establece: “[...] a su debido momento mediante Oficio No. GNRI-GCOMP-03-023-2013 de 23 de diciembre de 2013 en relación al Oficio No. SCPM-IIAPM-2013-475 [...]:

*A partir de que la Comisión de Resolución de Primera Instancia dispuso como medida preventiva la suspensión de la Cláusula de Exclusividad con fecha 30 de abril del 2013, CNT EP comunicó inmediatamente a sus áreas técnicas y de negociación para la ejecución de las acciones correspondientes. Dichas áreas emprendieron acciones de verificación en los sitios originalmente negados para el despliegue de la Red HSPA+, y la búsqueda de nuevos sitios dirigidos para el posterior despliegue de la nueva red LTE, de lo cual comentaremos más adelante. Como resultado se visitó los sitios detallados en el numeral 2.1.[...] y nuevos sitios que serán descritos en el numeral siguiente (2.4) de acuerdo a la planificación de nuestro plan de expansión, encontrándonos con las mismas limitantes de acceso producto de las Cláusulas de Exclusividad o Cláusulas de Prevención de Interferencias. La falta de cumplimiento de CONECEL de la Medida Preventiva dictada por su autoridad ha ocasionado que la CNT EP haya incurrido en costos adicionales en virtud de lo cual se hace imperiosa la resolución inmediata del presente caso. Particular que ratifico, dejando adicionalmente aclarado que después de la emisión de las resoluciones de 7 de febrero y 19 de marzo de 2014 se procedió a verificar si persistía la negativa de los dueños de los sitios que inicialmente fueron objeto de la denuncia y no se encontró inconveniente alguno, inclusive, a esta fecha ya están avanzadas las negociaciones respecto de 3 de los 5 sitios, en un corto plazo se espera la legalización respectiva para la instalación de infraestructura de CNT EP, los otros dos sitios fueron descartados por razones de oportunidad.*

**3.2.4.** Mediante oficio VPR-8628-2015, de 6 de marzo de 2015, ingresado a la Secretaría General de esta Superintendencia el 11 de marzo de 2015, a las 16h14, constante en fojas 1144, el señor José Manuel Casas, en calidad de Presidente Ejecutivo del operador económico OTECEL S.A. indicó: “[...] desde la fecha indicada, OTECEL S.A. no ha identificado algún inconveniente en arrendar bienes inmuebles en donde la mencionada empresa haya instalado radiobases. [...]”

**3.2.5.** Mediante providencia de 1 de abril de 2015 a las 11h00, constante a fojas 1155, se requiere:

**SEGUNDO:** *Requíerese al operador económico CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES 'CONECEL' S.A., para que por medio de quien corresponda, remita a este órgano de investigación en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, copia certificada del contrato N° 090/2013 ESCRITURA DE RENOVACIÓN DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO, QUE OTORGA WALTER EPIFANE MONGE ALARCÓN POR SUS PROPIOS DERECHOS Y POR LO QUE PRESNETA (sic) DE SUS HERMANOS GENRAO (sic), JOSE ANTONIO, JULIA MARÍA, MARIA ANTONIETA, ROSA ANGÉLICA Y SEGUNDO FERNANDO MONGE ALARCÓN A FAVOR DE COMPAÑÍA CONSORCIO ECUTORIANO (sic) DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL (Ren. RBS. Molinera-Hermanos Monge Alarcón)*

**3.2.6.** Mediante escrito ingresado a esta Superintendencia el 6 de abril de 2015 a las 12h50, CONECEL S.A. remite copias certificadas del contrato de arrendamiento dispuesto en la providencia de 1 de abril de 2015, a las 11h00, constante en fojas 1157 a 1185.

### **3.3.- Del Recurso de Revisión**

Mediante providencia de 22 de diciembre de 2015, a las 10h00, el Superintendente de Control del Poder de Mercado, Pedro Páez Pérez resuelve: *DE OFICIO declarar la nulidad de todo lo actuado en el expediente administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-002-2014, sustanciado en la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, a partir de fojas 1188 inclusive, hasta la presente fecha, se deja a salvo todos los instrumentos públicos [...] se convalida todo lo actuado de fojas 1240 a 1259; 1266 a 1417 y 1421 a 1541, puesto que los documentos que se dejan salvos son de carácter técnico e informativo y no vician la validez del expediente. Se incluye en esta declaratoria la nulidad al expediente administrativo sustanciado en la Comisión de Resolución de Primera Instancia signado con el No. SCPM-CRPI-2015-071 [...]*

### **3.4.- Informe de resultados**

**3.4.1.** Mediante Informe SCPM-IIAPMAPR-174-2015, de 30 de diciembre de 2015, constante en fojas 1595 a 1602 el Director Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado (S), presenta el Informe de Resultados del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-002-2014 en el que concluye y recomienda:

*Que de la revisión de los recaudos constantes en el expediente administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-2014-002, se desprende que existen serias falencias en los procesos de 'notificación' realizados a los propietarios de los bienes inmuebles en los que el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A. tiene su infraestructura de telecomunicaciones.*

Que existe una escritura de renovación de contrato suscrita posteriormente a la adopción de medidas preventivas dispuestas mediante resolución por la Comisión de Resolución

de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en la cual consta una cláusula restrictiva, por lo que se incumple con la resolución dictada por dicho órgano.

Que el operador económico CNT EP encontró limitaciones en el acceso a los inmuebles que eran objeto de las cláusulas de exclusividad impuestas por CONECEL, por la cual se observa el incumplimiento a las medidas preventivas dispuestas mediante resolución por la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.

Que el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, no dio cumplimiento a las medidas preventivas dispuestas mediante resolución por la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado”

### **3.4.2.- Recomendaciones**

Correr traslado con el presente informe y la formulación de cargos al operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A CONECEL para que presente sus excepciones conforme a lo estipulado en el artículo 58 de la LORCPM y el 68 del RLORCPM

Sugerir a la CRPI, por el incumplimiento de lo dispuesto mediante una Resolución de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, se imponga una sanción del 8% del total del volumen de negocios al operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., de acuerdo a lo señalado en el literal a del artículo 79 de la LORCPM.

### **3.5.- Formulación de cargos**

**3.5.1.** De foja 1603 a 1606 del expediente consta la formulación de cargos dentro de la presente investigación:

**3.5.2.- Normas legales infringidas y formulación de cargos:** *Con los antecedentes expuestos se realiza la formulación de cargos al CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL como presunto responsable de la infracción contenida en el literal d, numeral 1 del artículo 78 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; cuya conducta es ‘incumplir o contravenir lo establecido en una Resolución de la Superintendencia de Control del Poder Mercado’, en este caso la Resolución de medidas preventivas dictadas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia. [...]*

### **3.6.- Excepciones**

**3.6.1** Mediante escrito recibido en esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 22 de enero de 2016, a las 10h20, constante a fojas 1651 a 1663 el operador

económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., presenta las debidas excepciones y manifiesta:

**Introducción y antecedentes.**- [...] es indispensable destacar que sobre el mismo asunto la CRPI, muchos meses atrás, impuesta del mismo Supuesto Incumplimiento por el informe que el 19 de marzo de 2014 le remitió el Intendente de Investigación de Abuso del Poder del Mercado (sic), Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dictó una providencia, del 6 de mayo de 2014 (la 'Orden de Archivo'), en la que afirmó carecer de competencia para conocer el Supuesto Incumplimiento. Excepciones La Orden de Archivo invalida este procedimiento [...] el procedimiento administrativo de investigación que se inició con providencia de 5 de noviembre de 2014 es legalmente improcedente, pues se pretende juzgar el Supuesto Incumplimiento pese a que la Orden de Archivo lo impide. Se pretende, pues, revocar tácitamente la Orden de Archivo, en virtud de la cual la CRPI ya sea declaró incompetente para conocer sobre la misma materia.- En efecto: La Orden de Archivo es un acto administrativo firme que no puede ser revocado en sede administrativa por un funcionario inferior a la CRPI, que es el órgano competente de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ('SCPM') para juzgar en primera instancia las infracciones, con arreglo al Art. 36 de la LORCPM. Ese impedimento de revocación surge claramente del Art. 66, segundo inciso, de la LORCPM, por tratarse de un acto contra el cual no se presentó recursos en el término de 20 días de dictado, de manera que se agotó la vía administrativa, quedando para su impugnación solo la vía judicial. La existencia de la Orden de Archivo, en definitiva, constituía un impedimento para que se inicie este procedimiento administrativo, que resulta, además, abiertamente contrario a la seguridad jurídica a la que se refiere el Art. 82 de la Constitución. La nulidad es patente e irrefragable. CONECEL no ha incumplido (sic) la Medida Preventiva CONECEL niega haber incumplido, en forma alguna, la Medida Preventiva, y al efecto afirma lo siguiente:

- a) El cumplimiento de la Medida Preventiva no requería de CONECEL acción (positiva) alguna. Para cumplirla bastaba abstenerse de ejercer los derechos derivados de las cláusulas contractuales suspendidas.
- b) El artículo 62 de la LORCPM, define los tipos de medidas preventivas que puede disponer el órgano de sustanciación, a saber: [...] la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida –esta fue la ordenada por la CRPI en el caso bajo análisis- la adopción de comportamientos positivos y aquellos que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Si la CRPI hubiera pretendido que CONECEL modifique sus contratos de arrendamiento, tendría que haberlo ordenado expresamente, disponiendo a CONECEL adoptar un comportamiento positivo, lo cual no ocurrió en este caso.
- c) CONECEL negó pura y simplemente haber ejercido los derechos derivados de las cláusulas suspendidas desde que se dictó la Medida Preventiva, por lo que la carga de la prueba recayó en la SCPM, con arreglo al Art. 48 de la LORCPM. [...]
- d) Del Informe de Resultados de la Investigación parecería, sin embargo que la SCPM pretende que el cumplimiento de la Medida Preventiva debió ocurrir mediante acción positiva de CONECEL consistente en la renuncia o declaración de insubsistencia definitiva de las cláusulas de exclusividad. [...]
- e) En efecto, la Medida Preventiva dispuso 'de manera provisional la suspensión de las cláusulas de exclusividad que constan en los contratos de arrendamiento...'

(resaltado fuera del texto). De manera que la única actuación requerida por parte de CONECEL fue no continuar (suspender) aplicando dichas cláusulas de exclusividad, como efectivamente ocurrió, mas no la adopción de comportamientos positivos, que reiteramos **no fue ordenada por la CRPI**.

f) [...] CONECEL recuerda que inmediatamente luego de dictada la Medida Preventiva, mediante escritos presentados el 3 y 5 de mayo de 2013, informó a la CRPI que ya la había cumplido, mediante la emisión de las siguientes disposiciones internas:

- (i) ‘... La suspensión del ejercicio de cualquier derecho contractual de exclusividad que pudiera invocar frente a los propietarios de los inmuebles, con los que ha suscrito contratos de arrendamiento para instalar sus radiobases...’; y,
- (ii) ‘... que no se incorpore en los contratos de arrendamiento de esa clase que en adelante se suscriba, cláusulas como la que ha generado el inicio de este expediente’.

Dentro del análisis efectuado por la IIAPMAPR en el Informe de Resultados de la Investigación, se incluye en el acápite 3.3 ‘De la Ejecución de las Medidas Preventivas’ como evidencia del Supuesto Incumplimiento el oficio GNRI-CGOMP-2015-026 de 9 de marzo de 2014, del operador CNT EP, según el cual luego de dictada la medida, dicho operador seguía encontrando ‘...las mismas limitantes de acceso producto de las Cláusulas de Exclusividad o Cláusulas de Prevención de Interferencias’. Este documento fue indebidamente valorado por la IIAPMAPR, pues no existe ningún otro medio probatorio que corrobore semejante aserto más allá de la duda razonable. Es más, existe prueba en contrario, consistente en oficio (sic) del operador OTECEL que compite con CONECEL y CNT EP, que en su oficio VPR-8625-2015 indica que ‘... desde la fecha indicada – 30 de abril de 2013, fecha de disposición de la Medida Preventiva -, OTECEL S.A no ha identificado algún inconveniente en arrendar bienes inmuebles en donde la mencionada empresa –CONECEL- haya instalado radiobases.’ Esta ponderación de las pruebas está en franca contradicción a las reglas para la valoración de pruebas contenidas en el Código de Procedimiento Civil y el Código Orgánico Penal.

En subsidio de todo lo anterior, CONECEL, deja constancia de que el supuesto incumplimiento que se le imputa en el Informe de Resultados de la Investigación (la supuesta existencia de incongruencias en los procesos de ‘notificación’ realizados a los propietarios de los bienes inmuebles en los que Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A. tiene instalada su infraestructura de telecomunicaciones), más allá de que rechazamos las supuestas incongruencias, parte de un claro yerro conceptual (i) no solo de la naturaleza de la Medida Preventiva (que solo podía ser incumplida si CONECEL seguía ejerciendo, positivamente, los derechos contractuales derivados de las cláusulas suspendidas), (ii) sino también del propósito de tales ‘notificaciones’ analizadas en el Informe del 20 de Abril, que no fueron enviadas para comunicar la suspensión ordenada en la Medida Preventiva. [...]

Sobre el hallazgo de una inclusión de una cláusula de prevención de interferencias en un contrato suscrito con posterioridad al 30 de abril de 2013, CONECEL destaca, más allá de que se trata de un **único caso**, que es totalmente diferente en su objeto, esencia y efectos a las cláusulas de exclusividad cuya suspensión fue dispuesta mediante la Medida Preventiva, como se evidencia de su simple lectura.

En efecto, por un lado, la cláusula de prevención de interferencias, que constituye el hallazgo, estipula: “LA ARRENDADORA se compromete a comunicar a CONECEL, sobre su intención de conceder el uso, goce, aprovechamiento o explotación bajo cualquier título legal a otras empresas que se dediquen a las telecomunicaciones en



*cualquiera de sus ramas, respecto del espacio del inmueble arrendado, a efectos de que CONECEL evalúe si técnicamente es factible la cohabitación de la infraestructura de otra empresa, en razón de que esto podría ocasionar interferencia, mal funcionamiento o poner en riesgo los equipos allí instalados’.*

*En cambio, las cláusulas de exclusividad objeto de la Medida Preventiva, determinaban: ‘La arrendadora se compromete a no conceder el uso, goce o aprovechamiento o explotación, bajo ningún título legal, a otras empresas que se dediquen a las telecomunicaciones en cualquiera de sus ramas, de espacio alguno del inmueble, en razón de que esto podría ocasionar interferencia, mal funcionamiento o poner en riesgo los equipos allí instalados.- en caso de incumplimiento de esta cláusula, la ARRENDADORA deberá pagar a la ARRENDATARIA una pena convencional equivalente al 40% (cuarenta por ciento) del valor de la renta mensual por el plazo de duración del contrato’.*

*El informe de Resultados de la Investigación pretende calificar a la cláusula de prevención de interferencias como una de exclusividad, pero omite analizar que la primera carece de los elementos necesarios para tener los efectos y objeto perseguidos por la de exclusividad.*

*En primer lugar, la cláusula de prevención de interferencias **no** tiene por objeto restringir el acceso de los participantes en el mercado. La cláusula no implica obstáculo alguno que imposibilite el acceso al inmueble arrendado. [...]*

*En segundo lugar, **no** tiene por objeto monopolizar la distribución de productos o servicios ni el efecto de monopolizar dicha distribución. [...]*

*Resaltamos que los Informes de fecha 22 y 29 de abril de 2013, preparados por la Dirección de Investigación de Acuerdos y Prácticas Restrictivas por la IIAPMAPR para la CRPI, que son el sustento para la adopción de medidas preventivas, exclusivamente de la cláusula de exclusividad, mas no de la cláusula de prevención de interferencias que por ese entonces constaba en algunos de los contratos de arrendamiento de radiobases suscritos por Conecel.*

*Sin perjuicio de lo anterior, CONECEL reitera que la cláusula de prevención de interferencia fue encontrada por la IIAPMAPR en un único contrato celebrado con Walter Epifanio Monge Alarcón; y, adicionalmente, que dicho contrato fue reformado para eliminarla el 7 de abril de 2015.*

### **3.7. Conclusiones**

- A. Para el cumplimiento de la Medida preventiva [...] se requería únicamente la abstención por parte de CONECEL de ejercer los derechos derivados de las cláusulas de exclusividad; y o era necesaria la **adopción de comportamiento positivos** [...]*
- B. Sobre el hallazgo de la cláusula de prevención de interferencias en el Contrato de RBS Molinera, [...]. El Informe de Resultados de Investigación omite señalar tal cláusula de prevención de interferencias también se dejó (sic) sin efecto mediante modificación al contrato de arrendamiento celebrada entre las partes de 7 de abril de 2015.*
- C. No existe prueba válida que sustente las conclusiones del Informe de Resultados de la Investigación. La valoración de la prueba relacionada con el oficio del operador CNT EP, que sustenta el supuesto incumplimiento de la Medida Preventiva, incumple las reglas de valoración de evidencias [...]*

### **3.8.- Etapa de prueba**

**3.8.1.** Mediante providencia de 25 de enero de 2016 a las 08h30, constante en fojas 1664, se resolvió: [...] *esta autoridad dispone la apertura del término probatorio por sesenta (60) días.- [...]*

**3.8.2.** Mediante providencia de 18 de febrero de 2015, a las 16h00, constante en fojas 1669, se solicitó la reproducción de los siguientes elementos de valor probatorio: PRIMERO: *Reprodúzcase como prueba el contenido de la información detallada a continuación: a) Copias certificadas del memorando No. SCPM-IIAPMAPR-2014-014-M, y anexos de 06 de enero de 2014, suscrito por el señor Manuel Jijón Arias, Analista de Acuerdos y Prácticas Restrictivas (foja 0002 a foja 0006); b) Copias certificadas del memorando No. SCPM-IIAPMAPR-2014-015-M, y anexos de 07 de enero de 2014, suscrito por el señor Juan Fernando Orellana Fernández, Analista de Abuso del Poder de Mercado (foja 0007 a foja 0013); c) Copias certificadas del escrito suscrito por la abogada María Belén Salvador Irigoyen, en calidad de abogada autorizada del operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., de 03 de mayo de 2013 a las 09h11 (foja 0022 a foja 0023); d) El escrito y anexos suscrito por la señora Virginia Nakagawa, en calidad de apoderada especial del operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., de 27 de febrero de 2014 a las 14h41 (foja 0024 a foja 1058); e) El informe No. SCPM-IIAPMAPR-034-2014 y anexo (digital) elaborado por los Analistas de la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas Mauricio Vásquez Andrade y Juan Fernando Orellana Fernández, de 12 de marzo de 2014, cuyo contenido hace referencia el análisis y tabulación de los anexos del escrito de 27 de febrero de 2015, remitidos por el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., (foja 1074 a foja 1076); f) El informe No. SCPM-IIAPMAPR-162-2014(sic) elaborado por el Doctor Wilmer Campaña Chávez, Director Nacional de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, de 30 de octubre de 2014, cuyo contenido hace referencia al informe de resultados de la etapa de investigación preliminar del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2014-002 (foja 1078 a foja 1081); g) El oficio No. GNRI-GCOMP-2015-026, suscrito por la abogada Grace Ordoñez Vázquez, en calidad de Gerente de Competencia y Mercado de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, de 09 de marzo de 2015 a las 10h24 (foja 1141); h) El oficio No. VPR-8628-2015, suscrito por el señor José Manuel Casas, en calidad de Presidente Ejecutivo de OTECEL SA. de 11 de marzo de 2015 a las 16h14 (foja 1144); i) El acta de la diligencia de inspección al operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., en sus oficinas ubicadas en la ciudad de Guayaquil, que tuvo como objetivo la revisión y verificación a quinientos ochenta (580) contratos de arrendamiento suscritos entre el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A. y los propietarios de bienes inmuebles en los cuales se instalaron las radio bases (foja 1154 a foja 1154-A); j) El ejemplar de la escritura celebrada ante el Notario Público Trigésimo Octavo del cantón de Guayaquil, entre el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A. y Walter Epifanio Monge Alarcón por sus propios derechos y por los que representa de sus hermanos Genaro, José Antonio, Julia María, María Antonieta, Rosa Angélica y Segundo Fernando Monge Alarcón, cuyo objeto es la renovación de contrato de arrendamiento, otorgada el 12 de diciembre de 2013 (foja 1166 a foja 1185); k) El testimonio del doctor Jorge Zavala Egas, como medio de prueba documental a favor del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A. (foja 1240[a] foja 1259); l) El oficio No. 2015-2031-DOC-DCZ8 de 02 de septiembre de 2015 a las 16h55, remitido por el capitán de policía David Salazar, el*

*cual anexa el “Informe de Opinión Técnica Documetoscópica No. OT-006-DOC” (foja 1266 a foja 1417); m) El oficio No. 2015-2099-DOC-DCZ8 de 18 de septiembre de 2015 a las 11h33, remitido por el mayor de policía Ángel Osorio Zambrano, el cual anexa la “Ampliación al Informe de Opinión Técnica Documetoscópica No. OT-006-DOC” (foja 1423 a foja 1541); n) El informe No. SCPM-IIAPMAPR-174-2015 de 30 de diciembre de 2015, elaborado por el analista de mercado Daniel Jaramillo, revisado y aprobado por el abogado Ricardo Freire, Director Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado (S), el cual presenta el informe resultados de la etapa de investigación formal del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2014-002 (foja 1595 a foja 1602) [...]*

**3.8.3.** De fojas 1240 a 1259, consta el “TESTIMONIO DEL DR. JORGE ZAVALA EGAS COMO MEDIO DE PRUEBA DOCUMENTAL A FAVOR DEL CONSORCIO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL”, salvada en resolución de 22 de diciembre de 2015 a las 10h00, suscrita por el doctor Pedro Páez Pérez, Superintendente de Control de Poder de Mercado, y reproducida como prueba en providencia de 18 de febrero de 2016 a las 16h00.

**3.8.4.-** Mediante Informe No.SCPM-IIAPMAPR-025-2016 de 21 de junio de 2016, suscrito por el Abg. Eduardo Esparza Paula, Intendente de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, remitió a esta Comisión el informe final dentro del expediente Nro. SCPM-IIAPMAPR-EXP-002-2016.

#### **CUARTO.- ALEGACIONES ADUCIDAS POR LOS INTERESADOS.-**

##### **4.1.- Alegaciones formuladas por el operador económico CONECEL S.A.**

Mediante escrito recibido en esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 22 de enero de 2016, a las 10h20, constante a fojas 1651 a 1663 el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., presenta las debidas excepciones y manifiesta:

**4.1.1.-** “[...] *el procedimiento administrativo de investigación que se inició con providencia de 5 de noviembre de 2014 es legalmente improcedente, pues se pretende juzgar el Supuesto Incumplimiento pese a que la Orden de Archivo lo impide. Se pretende, pues, revocar tácitamente la Orden de Archivo, en virtud de la cual la CRPI ya sea declaró (sic) incompetente para conocer sobre la misma materia.*

**4.1.2.-** *En efecto:*

*La Orden de Archivo es un acto administrativo firme que no puede ser revocado en sede administrativa por un funcionario inferior a la CRPI, que es el órgano competente de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (‘SCPM’) para juzgar en primera instancia las infracciones, con arreglo al Art. 36 de la LORCPM. Ese impedimento de revocación surge claramente del Art. 66, segundo inciso, de la LORCPM, por tratarse de un acto contra el cual no se presentó recursos en el término de 20 días de dictado, de manera que se agotó la vía administrativa, quedando para su impugnación solo la vía judicial.*

*La existencia de la Orden de Archivo, en definitiva, constituía un impedimento para que se inicie este procedimiento administrativo, que resulta, además, abiertamente contrario a la seguridad jurídica a la que se refiere el Art. 82 de la Constitución. La nulidad es patente e irrefragable*

**4.1.3.-** [...] CONECCEL niega haber incumplido, en forma alguna, la Medida Preventiva, y al efecto afirma lo siguiente:

a) *El cumplimiento de la Medida Preventiva no requería de CONECCEL acción (positiva) alguna. Para cumplirla bastaba abstenerse de ejercer los derechos derivados de las cláusulas contractuales suspendidas.*

b) *El artículo 62 de la LORCPM, define los tipos de medidas preventivas que puede disponer el órgano de sustanciación, a saber: [...] la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida –esta fue la ordenada por la CRPI en el caso bajo análisis- la adopción de comportamientos positivos y aquellos que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Si la CRPI hubiera pretendido que CONECCEL modifique sus contratos de arrendamiento, tendría que haberlo ordenado expresamente, disponiendo a CONECCEL adoptar un comportamiento positivo, lo cual no ocurrió en este caso.*

c) *CONECCEL negó pura y simplemente haber ejercido los derechos derivados de las cláusulas suspendidas desde que se dictó la Medida Preventiva, por lo que la carga de la prueba recayó en la SCPM, con arreglo al Art. 48 de la LORCPM. [...]*

d) *Del Informe de Resultados de la Investigación parecería, sin embargo que la SCPM pretende que el cumplimiento de la Medida Preventiva debió ocurrir mediante acción positiva de CONECCEL consistente en la renuncia o declaración de insubsistencia definitiva de las cláusulas de exclusividad. [...]*

e) *En efecto, la Medida Preventiva dispuso ‘de manera provisional la suspensión de las cláusulas de exclusividad que constan en los contratos de arrendamiento...’ (resaltado fuera del texto). De manera que la única actuación requerida por parte de CONECCEL fue no continuar (suspender) aplicando dichas cláusulas de exclusividad, como efectivamente ocurrió, mas no la adopción de comportamientos positivos, que reiteramos **no fue ordenada por la CRPI**.*

f) [...] *CONECCEL recuerda que inmediatamente luego de dictada la Medida Preventiva, mediante escritos presentados el 3 y 5 de mayo de 2013, informó a la CRPI que ya la había cumplido, mediante la emisión de las siguientes disposiciones internas: (i) ‘... La suspensión del ejercicio de cualquier derecho contractual de exclusividad que pudiera invocar frente a los propietarios de los inmuebles, con los que ha suscrito contratos de arrendamiento para instalar sus radiobases...’; y, (iii) ‘... que no se incorpore en los contratos de arrendamiento de esa clase que en adelante se suscriba, cláusulas como la que ha generado el inicio de este expediente’.*

**4.1.4.-** *Dentro del análisis efectuado por la IIAPMAPR en el Informe de Resultados de la Investigación, se incluye en el acápite 3.3 ‘De la Ejecución de las Medidas Preventivas’ como evidencia del Supuesto Incumplimiento el oficio GNRI-CGOMP-2015-026 de 9 de marzo de 2014, del operador CNT EP, según el cual luego de dictada la medida, dicho operador seguía encontrando ‘...las mismas limitantes de acceso producto de las Cláusulas de Exclusividad o Cláusulas de Prevención de Interferencias’. Este documento fue indebidamente valorado por la IIAPMAPR, pues no existe ningún otro medio probatorio que corrobore semejante aserto más allá de la duda razonable. Es más, existe*

*prueba en contrario, consistente en oficio (sic) del operador OTECEL que compite con CONECEL y CNT EP, que en su oficio VPR-8625-2015 indica que '... desde la fecha indicada – 30 de abril de 2013, fecha de disposición de la Medida Preventiva -, OTECEL S.A no ha identificado algún inconveniente en arrendar bienes inmuebles en donde la mencionada empresa –CONECEL- haya instalado radiobases.' Esta ponderación de las pruebas está en franca contradicción a las reglas para la valoración de pruebas contenidas en el Código de Procedimiento Civil y el Código Orgánico Penal.*

**4.1.5.-** *En subsidio de todo lo anterior, CONECEL, deja constancia de que el supuesto incumplimiento que se le imputa en el Informe de Resultados de la Investigación (la supuesta existencia de incongruencias en los procesos de 'notificación' realizados a los propietarios de los bienes inmuebles en los que Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A. tiene instalada su infraestructura de telecomunicaciones), más allá de que rechazamos las supuestas incongruencias, parte de un claro yerro conceptual (i) no solo de la naturaleza de la Medida Preventiva (que solo podía ser incumplida si CONECEL seguía ejerciendo, positivamente, los derechos contractuales derivados de las cláusulas suspendidas), (ii) sino también del propósito de tales 'notificaciones' analizadas en el Informe del 20 de Abril, que no fueron enviadas para comunicar la suspensión ordenada en la Medida Preventiva. [...]*

**4.1.6.-** *Sobre el hallazgo de una inclusión de una cláusula de prevención de interferencias en un contrato suscrito con posterioridad al 30 de abril de 2013, CONECEL destaca, más allá de que se trata de un único caso, que es totalmente diferente en su objeto, esencia y efectos a las cláusulas de exclusividad cuya suspensión fue dispuesta mediante la Medida Preventiva, como se evidencia de su simple lectura.*

*a. En efecto, por un lado, la cláusula de prevención de interferencias, que constituye el hallazgo, estipula: "LA ARRENDADORA se compromete a comunicar a CONECEL, sobre su intención de conceder el uso, goce, aprovechamiento o explotación bajo cualquier título legal a otras empresas que se dediquen a las telecomunicaciones en cualquiera de sus ramas, respecto del espacio del inmueble arrendado, a efectos de que CONECEL evalúe si técnicamente es factible la cohabitación de la infraestructura de otra empresa, en razón de que esto podría ocasionar interferencia, mal funcionamiento o poner en riesgo los equipos allí instalados'.*

*b. En cambio, las cláusulas de exclusividad objeto de la Medida Preventiva, determinaban: 'La arrendadora se compromete a no conceder el uso, goce o aprovechamiento o explotación, bajo ningún título legal, a otras empresas que se dediquen a las telecomunicaciones en cualquiera de sus ramas, de espacio alguno del inmueble, en razón de que esto podría ocasionar interferencia, mal funcionamiento o poner en riesgo los equipos allí instalados.- en caso de incumplimiento de esta cláusula, la ARRENDADORA deberá pagar a la ARRENDATARIA una pena convencional equivalente al 40% (cuarenta por ciento) del valor de la renta mensual por el plazo de duración del contrato'. [...]*

**4.1.7.-** *El informe de Resultados de la Investigación pretende calificar a la cláusula de prevención de interferencias como una de exclusividad, pero omite analizar que la primera carece de los elementos necesarios para tener los efectos y objeto perseguidos por la de exclusividad.*

*a. En primer lugar, la cláusula de prevención de interferencias **no** tiene por objeto restringir el acceso de los participantes en el mercado. La cláusula no implica obstáculo alguno que imposibilite el acceso al inmueble arrendado. [...]*

*b. En segundo lugar, **no** tiene por objeto monopolizar la distribución de productos o servicios ni el efecto de monopolizar dicha distribución. [...]*

***4.1.8.-** Resaltamos que los Informes de fecha 22 y 29 de abril de 2013, preparados por la Dirección de Investigación de Acuerdos y Prácticas Restrictivas por la IIAPMAPR para la CRPI, que son el sustento para la adopción de medidas preventivas, exclusivamente de la cláusula de exclusividad, mas no de la cláusula de prevención de interferencias que por ese entonces constaba en algunos de los contratos de arrendamiento de radiobases suscritos por Conecel. [...]*

***4.1.9.-** Sin perjuicio de lo anterior, CONECEL reitera que la cláusula de prevención de interferencia fue encontrada por la IIAPMAPR en un único contrato celebrado con Walter Epifanio Monge Alarcón; y, adicionalmente, que dicho contrato fue reformado para eliminarla el 7 de abril de 2015. [...]*

#### **4.2.- Alegaciones formuladas por la Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.-**

Es necesario manifestar que en el ámbito administrativo la aplicabilidad de la falta o infracción como lo determina nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, se basa en la descripción de acciones u omisiones de los administrados frente a una acción o decisión de la administración cuyo incumplimiento tiene como consecuencia la imposición de una sanción, tal como lo establecen los artículos 78 y 79 de la LORCPM; por lo que inferir o interpretar que la resolución emitida por la Comisión de Primera Instancia de esta Superintendencia de Control de Poder de Mercado carece de fuerza y de obligatoriedad para su cumplimiento es obviar el principio de seguridad jurídica de los actos de la administración frente a sus administrados y equívocamente se pretendería eliminar la presunción de legitimidad y cumplimiento de los actos administrativos emanados bajo su competencia. Aceptar esto acarrearía la vulneración de derechos por la sola interpretación individual de la ley dejando en indefensión los derechos que pretende proteger la administración.

La Superintendencia de Control de Poder de Mercado como parte de la Función de Transparencia y Control Social promueve e impulsa el control de las entidades del sector público y de las personas naturales y jurídicas del sector privado que prestan servicios o desarrollan actividades de interés público para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad.

En este sentido, las medidas preventivas que adopta la Comisión de Resolución de Primera Instancia tienen como propósito fundamental que los servicios que prestan las entidades públicas o privadas se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.

Es decir, aplicando lo establecido en nuestra norma específica la medida preventiva adoptada en este caso en particular a través de una resolución emanada por órgano competente (CRPI) ha buscado la protección de los derechos de las personas naturales y jurídicas partícipes de esta relación jurídica, así como la tutela efectiva de los derechos de las partes, cumpliendo de esta manera lo preceptuado en la norma constitucional.

#### **QUINTO.- PRUEBAS PRESENTADAS POR LOS INTERESADOS Y SU VALORACIÓN**

## **5.1.- Prueba presentada por la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.-**

La Intendencia cuenta dentro del expediente de investigación con los siguientes elementos de valor que han servido para crear la voluntad administrativa:

**5.1.1.-** Copias certificadas del Memorando Nro. SCPM-IIAPMAPR-2014-014-M, y anexos de 06 de enero de 2014, suscrito por el señor Manuel Jijón Arias, analista de la IIAPMAPR (constantes de fojas 002 a 006)

**5.1.2.-** Copias certificadas del Memorando Nro. SCPM-IIAPMAPR-2014-015-M, y anexos de 07 de enero de 2014, suscrito por el señor Juan Fernando Orellana Fernández, analista de la IIAPMAPR (constantes de fojas de 007 a 0013)

**5.1.3.-** Copias certificadas del escrito suscrito por la abogada María Belén Salvador Irigoyen, en calidad de abogada autorizada del operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones “CONECEL S.A.”, de 03 de mayo de 2013 a las 09h11 (constantes de fojas 0022 a 0023)

**5.1.4.-** Escrito y anexos suscrito por la señora Virginia Nakagawa, en calidad de apoderada especial del operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones “CONECEL S.A.”, de 27 de febrero de 2014 a las 14h41 (constante de foja 0024 a 1058)

**5.1.5.-** Informe Nro. SCPM-IIAPMAPR-034-2014 y anexo (digital) elaborado por los analistas de la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, Mauricio Vásquez Andrade y Juan Fernando Orellana Fernández, de 12 de marzo de 2014, cuyo contenido hace referencia al análisis y tabulación de los anexos del escrito de 27 de febrero de 2015, remitidos por el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones “CONECEL S.A.”(Constante de foja 1074 a 1076)

**5.1.6.-** Informe No. SCPM-IIAPMAPR-162-2014 (sic) elaborado por el Director Nacional de Investigación de Abuso del Poder de Mercado de 30 de octubre de 2014, cuyo contenido hace referencia al Informe Final de la etapa de Investigación Preliminar del expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2014-002 (constantes de foja 1078 a foja 1081)

**5.1.7.-** Oficio No. GNRI-GCOMP-2015-026, suscrito por la abogada Grace Ordoñez Vásquez, en calidad de Gerente de Competencia y Mercado de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones de 09 de marzo de 2015 a las 10h24 (constante en foja 1141)

**5.1.8.-** Oficio No. VPR-8628-2015, suscrito por el señor José Manuel Casas en calidad de Presidente Ejecutivo de OTECEL S.A. de 11 de marzo de 2015 a las 16h14 (constante en foja 1144)

**5.1.9.-** Acta de la diligencia de Inspección al operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones (CONECEL S.A.), en sus oficinas ubicadas en la ciudad de Guayaquil, diligencia que tuvo como objetivo la revisión y verificación a quinientos ochenta (580) contratos de arrendamiento suscritos entre el Consorcio Ecuatoriano de

Telecomunicaciones CONECEL S.A. y los propietarios de bienes inmuebles en los cuales se instalaron las radiobases (constante en foja 1154 a 1154-A)

**5.1.10.-** Ejemplar de la escritura celebrada ante el Notario Público Trigésimo Octavo del cantón Guayaquil, entre el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones (CONECEL S.A.) y Walter Epifanio Monge Alarcón quién comparece por sus propios derechos y en calidad de apoderado especial de sus hermanos Genaro, José Antonio, Julia María, María Antonieta, Rosa Angélica y Segundo Fernando Monge Alarcón, cuyo objeto es la renovación de contrato de arrendamiento, otorgada el 12 de diciembre de 2013 (constantes de foja 1166 a 1185)

**5.1.11.-** Oficio No. 2015-2031-DOC-DCZ8, de 2 de septiembre de 2015 a las 16h55, constante en fojas 1266 a 1417, remitido por el capitán de policía David Salazar en el que consta el informe de Opinión Técnica Documentoscópica No. OT-006-DOC

**5.1.12.-** Oficio No. 2015-2099-DOC-DCZ8, de 18 de septiembre de 2015 a las 11h33, constante en fojas 1421 a 1541, remitido por el Mayor de Policía abogado Ángel Osorio Zambrano, en el que consta la ampliación y aclaración al informe de Opinión Técnica Documentoscópica No. OT-006-DOC

**5.1.13.-** El informe No. SCPM-IIAPMAPR-174-2015 de 30 de diciembre de 2015, elaborado por el analista de mercado Daniel Jaramillo, revisado y aprobado por el abogado Ricardo Freire, Director Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado (S), el cual presenta el informe resultados de la etapa de investigación formal del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2014-002 (foja 1595 a foja 1602).

**5.1.14.-** Informe Nro. SCPM-IIAPMAPR-037-2014 de 19 de marzo de 2014, (constantes de foja 1790 a foja 1793)

5.1.15.- El oficio No. VPR-11570-2016 de 24 de febrero de 2016 suscrito por Hernán Ordoñez, Vicepresidente de Asuntos Regulatorios de OTECEL S.A. (foja 1676)

**5.1.16.-** El oficio No. GNRI-GCOMP-0039-2016 y anexos de 25 de febrero de 2016, suscrito por Grace Ordoñez Vázquez, Gerente de Competencia y Mercado de la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT-EP (foja 1677 a foja 1690)

**5.1.17.-** El oficio No. GNRI-GCOMP-0056-2016 y anexo de 01 de abril de 2016, suscrito por Grace Ordoñez, Gerente de Competencia y Mercado de la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT-EP (fojas 1706 a foja 1712)

**5.1.18.-** El oficio No. GNRI-GCOMP-0062-2016 y anexo de 14 de abril de 2016, suscrito por Grace Ordoñez, Gerente de Competencia y Mercado de la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT-EP (fojas 1734 a foja 1735)

**5.1.19.-** Acta de reunión de trabajo y anexo de 11 de mayo de 2016 a las 10h11 entre CONECEL S.A y servidores de la DNIAPM (foja 1764 a foja 1766)



**5.2.- Prueba solicitada por el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, y proveída por la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.**

El operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL cuenta dentro del expediente de investigación con los siguientes elementos de valor que han servido para crear la voluntad administrativa:

**5.2.1** Copias certificadas del memorando No. SCPM-IIAPMAPR-2014-014-M, y anexos de 06 de enero de 2014, suscrito por el señor Manuel Jijón Arias, Analista de Acuerdos y Prácticas Restrictivas (foja 0002 a foja 0006);

**5.2.2** Copias certificadas del memorando No. SCPM-IIAPMAPR-2014-015-M, y anexos de 07 de enero de 2014, suscrito por el señor Juan Fernando Orellana Fernández, Analista de Abuso del Poder de Mercado (foja 0007 a foja 0013);

**5.2.3** Copias certificadas del escrito suscrito por la abogada María Belén Salvador Irigoyen, en calidad de abogada autorizada del operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., de 03 de mayo de 2013 a las 09h11 (foja 0022 a foja 0023);

**5.2.4** El escrito y anexos suscrito por la señora Virginia Nakagawa, en calidad de apoderada especial del operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., de 27 de febrero de 2014 a las 14h41 (foja 0024 a foja 1058);

**5.2.5** El informe No. SCPM-IIAPMAPR-034-2014 y anexo (digital) elaborado por los Analistas de la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas Mauricio Vásquez Andrade y Juan Fernando Orellana Fernández, de 12 de marzo de 2014, cuyo contenido hace referencia el análisis y tabulación de los anexos del escrito de 27 de febrero de 2015, remitidos por el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., (foja 1074 a foja 1076);

**5.2.6** El informe No. SCPM-IIAPMAPR-162-2014(sic) elaborado por el Doctor Wilmer Campaña Chávez, Director Nacional de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, de 30 de octubre de 2014, cuyo contenido hace referencia al informe de resultados de la etapa de investigación preliminar del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2014-002 (foja 1078 a foja 1081);

**5.2.7** El oficio No. GNRI-GCOMP-2015-026, suscrito por la abogada Grace Ordoñez Vázquez, en calidad de Gerente de Competencia y Mercado de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, de 09 de marzo de 2015 a las 10h24 (foja 1141);

**5.2.8** El oficio No. VPR-8628-2015, suscrito por el señor José Manuel Casas, en calidad de Presidente Ejecutivo de OTECEL S.A., de 11 de marzo de 2015 a las 16h14 (foja 1144);

**5.2.9** El acta de la diligencia de inspección al operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., en sus oficinas ubicadas en la ciudad de Guayaquil, que tuvo como objetivo la revisión y verificación a quinientos ochenta (580) contratos de arrendamiento suscritos entre el Consorcio Ecuatoriano de

Telecomunicaciones CONECEL S.A. y los propietarios de bienes inmuebles en los cuales se instalaron las radio bases (foja 1154 a foja 1154-A);

**5.2.10** El ejemplar de la escritura celebrada ante el Notario Público Trigésimo Octavo del cantón de Guayaquil, entre el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A. y Walter Epifanio Monge Alarcón por sus propios derechos y por los que representa de sus hermanos Genaro, José Antonio, Julia María, María Antonieta, Rosa Angélica y Segundo Fernando Monge Alarcón, cuyo objeto es la renovación de contrato de arrendamiento, otorgada el 12 de diciembre de 2013 (foja 1166 a foja 1185);

**5.2.11** El informe del doctor Jorge Zavala Egas, como medio de prueba documental a favor del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A. (foja 1240[a] foja 1259);

**5.2.12** El oficio No. 2015-2031-DOC-DCZ8 de 02 de septiembre de 2015 a las 16h55, remitido por el capitán de policía David Salazar, el cual anexa el “Informe de Opinión Técnica Documetoscópica No. OT-006-DOC” (foja 1266 a foja 1417);

**5.2.13** El oficio No. 2015-2099-DOC-DCZ8 de 18 de septiembre de 2015 a las 11h33, remitido por el mayor de policía Ángel Osorio Zambrano, el cual anexa la “Ampliación al Informe de Opinión Técnica Documetoscópica No. OT-006-DOC” (foja 1423 a foja 1541);

**5.2.14** El informe No. SCPM-IIAPMAPR-174-2015 de 30 de diciembre de 2015, elaborado por el analista de mercado Daniel Jaramillo, revisado y aprobado por el abogado Ricardo Freire, Director Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado (S), el cual presenta el informe resultados de la etapa de investigación formal del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2014-002 (foja 1595 a foja 1602) [...]

**5.2.15** Escrito y anexo presentado por el abogado Xavier Rosales Kuri como abogado debidamente autorizado por el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, constante en fojas 1720 a 1722

### **5.3 Valoración jurídica de las pruebas presentadas por los intervinientes.-**

Le Corresponde a esta Comisión realizar la valoración de la prueba aportada por las partes dentro del presente proceso.

**5.3.1.** Mediante resolución de fecha 30 de abril de 2013 las 09h00, la CRPI apertura el expediente 002-SCPM-CRPI-2013 y ordena como medida preventiva de manera provisional la suspensión de las cláusulas de exclusividad que constan en los contratos de arrendamiento suscritos entre el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL para el arrendamiento de inmuebles destinados a la instalación de radio bases y sus infraestructuras complementarias.

**5.3.2.-** Copias certificadas del Memorando Nro. SCPM-IIAPMAPR-2014-014-M, y anexos de 06 de enero de 2014, suscrito por el señor Manuel Jijón Arias, analista de la IIAPMAPR (constantes de fojas 002 a 006), se evidencia que recién en el mes de diciembre de 2013 el operador económico CONECEL S.A., notificó vía correo electrónico al arrendador Palmeras de los Andes la reforma del contrato de arrendamiento.

**5.3.3.-** Copias certificadas del Memorando Nro. SCPM-IIAPMAPR-2014-015-M, y anexos de 07 de enero de 2014, suscrito por el señor Juan Fernando Orellana Fernández, analista de la IIAPMAPR (constantes de fojas de 007 a 0013), Se concluye que la medida preventiva dictada por la CRPI se cumplió recién en diciembre de 2013 y enero del 2014, en los sitios inspeccionados.

**5.3.4.-** Copias certificadas del escrito suscrito por la abogada María Belén Salvador Irigoyen, en calidad de abogada autorizada del operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones “CONECEL S.A.”, de 03 de mayo de 2013 a las 09h11 (constantes de fojas 0022 a 0023), se demuestra que el operador económico CONECEL S.A., engañó a la autoridad de competencia al informar que había dispuesto la suspensión de cualquier derecho contractual de exclusividad que pudiera invocar frente a los propietarios de los terrenos.

**5.3.5.-** Escrito y anexos suscrito por la señora Virginia Nakagawa, en calidad de apoderada especial del operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones “CONECEL S.A.”, de 27 de febrero de 2014 a las 14h41 (constante de foja 0024 a 1058) Intenta justificar el cumplimiento de la medida preventiva dictada por la CRPI.

**5.3.6.-** Informe Nro. SCPM-IIAPMAPR-034-2014 y anexo (digital) elaborado por los analistas de la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, Mauricio Vásquez Andrade y Juan Fernando Orellana Fernández, de 12 de marzo de 2014, cuyo contenido hace referencia al análisis y tabulación de los anexos del escrito de 27 de febrero de 2015, remitidos por el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., (constante de foja 1074 a 1076) en el que se comprueba que entregaron copias simples y repetidas de notificaciones a los propietarios de los terrenos, que de conformidad con la ley no constituye medio de probanza.

**5.3.7.-** Oficio No. GNRI-GCOMP-2015-026, suscrito por la abogada Grace Ordoñez Vázquez, en calidad de Gerente de Competencia y Mercado de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones de 09 de marzo de 2015 a las 10h24 (constante en foja 1141), este documento prueba que las limitaciones de acceso a los predios de los arrendadores se mantenían en los sitios originalmente negados para el despliegue de la red.

**5.3.8.-** El informe No. SCPM-IIAPMAPR-174-2015 de 30 de diciembre de 2015, elaborado por el analista de mercado Daniel Jaramillo, revisado y aprobado por el abogado Ricardo Freire, Director Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado (S), el cual presenta el informe resultados de la etapa de investigación formal del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2014-002 (foja 1595 a foja 1602) Concluye que el operador económico CONECEL S.A., no dio cumplimiento a las medidas preventivas dispuestas por la CRPI.

**5.3.9.-** Comprueba que en el periodo entre el 30 de abril del 2013 y el 06 de febrero del 2014, persistía la negativa de algunos propietarios de terrenos arrendados a CONECEL para el acceso a otros operadores en telecomunicaciones.

**5..3.10.-** El informe del doctor Jorge Zavala Egas, como medio de prueba documental a favor del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A. (foja 1240[a] foja 1259); la comparecencia del doctor Jorge Zabala Egas no se refiere a los hechos constitutivos de la infracción del incumplimiento de las medidas preventivas dictadas por la CRPI, refiere a puntos de derecho. Al ser un informe en derecho constituye una opinión que no puede ser valorado como medio de prueba.

**5.3.11** El oficio No. 2015-2099-DOC-DCZ8 de 18 de septiembre de 2015 a las 11h33, remitido por el mayor de policía Ángel Osorio Zambrano, el cual anexa la “Ampliación al Informe de Opinión Técnica Documetoscópica No. OT-006-DOC” (foja 1423 a foja 1541); se demuestra que el operador económico CONECEL S.A., realizó acciones para tratar de cumplir la resolución de medidas preventivas dispuestas por la CRPI

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

### **6.1.- FUNDAMENTOS DE HECHO.-**

**6.1.1** Dentro de la investigación del expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2012-001 que por denuncia presentada por la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT-EP en contra del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL por abuso de poder de mercado al mantener cláusulas de exclusividad en los contratos de arrendamientos suscritos con los propietarios de los inmuebles en los que el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL mantiene su infraestructura (antenas, radio bases, etc.) lo cual impide el uso de esos predios a otros competidores, el doctor Santiago Francisco Salinas Jaramillo, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (E) mediante memorando Nro. SCPM-IIAPMAPR-2013-031 de fecha 29 de abril del 2013, sugiere a la Comisión la adopción de medidas preventivas.

**6.1.2.** La Comisión mediante resolución de fecha 30 de abril de 2013 las 09h00 apertura el expediente 002-SCPM-CRPI-2013 (expediente accesorio al expediente principal que se encontraba en investigación signado con el No SCPM-IIAPMAPR-EXP-2012-001) ordena como medida preventiva de manera provisional la suspensión de las cláusulas de exclusividad que constan en los contratos de arrendamiento suscritos entre el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL para el arrendamiento de inmuebles destinados a la instalación de radio bases y sus infraestructuras complementarias, adicionalmente abre la casusa a prueba por el término de tres días.

**6.1.3.** Mediante Resolución de 16 de mayo de 2013 las 15h13 la CRPI ratifican las medidas preventivas establecidas en la resolución de fecha 30 de abril las 09h00.

**6.1.4.** La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas remite el expediente principal de investigación No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2012-001 a la CRPI el cual se le asigna el número de expediente 0009-SCPM-CRPI-2013 el cual es resuelto en fecha 7 de febrero de 2014 las 12h30 y ampliado el 19 de marzo de 2014 la 15h20, ampliación en la que se dictan como medidas preventivas: *Se deja sin ningún efecto legal o jurídico las cláusulas de exclusividad de*

*los contratos de arrendamiento suscritos por el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., lo que conlleva que no podrá ejercer ningún derecho o acción que se generen de ellos. ii. CONECEL S.A. se abstendrá de incorporar cláusulas de exclusividad en los contratos de arrendamiento que suscriba con cualquier persona natural o jurídica destinados a impedir la instalación de infraestructura relacionada con las telecomunicaciones en todas sus formas. iii. CONECEL S.A. deberá en el término de sesenta días realizar todas las acciones legales encaminadas a dejar sin efecto o modificar las cláusulas de exclusividad que pesan sobre los contratos de arrendamiento que ha suscrito, para dicho efecto deberá presentar los adendas, anexos, modificaciones a los contratos de igual forma como los suscribió, a fin de que tengan efectos jurídicos.*

**6.1.5.** La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas órgano dotado de la atribución establecida en el artículo 16 numeral 2.2.1 literal c) del estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la SCPM resuelve iniciar una investigación preliminar de oficio de conformidad a lo establecido en el artículo 53 de la LORCPM por el posible incumplimiento de la resolución emitida por la CRPI el 30 de abril de 2013 las 09h00 y ratificada el 16 de mayo de 2013 las 15h13 expediente que es signado con el numero SCPM-IIAPMAPR-2014-002.

**6.1.6.** La CRPI en vista que el expediente principal 0009-SCPM-CRPI-2013 fue resuelto, en fecha 06 de mayo de 2014 las 13h30 resuelve archivar el expediente accesorio 002-SCPM-CRPI-2013

**6.1.7.** La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas dentro del expediente de investigación número SCPM-IIAPMAPR-2014-002 en providencia de 01 de junio de 2016 las 17h00 dispone que se ponga en conocimiento de la CRPI el informe final.

**6.1.8.** - Mediante Informe No.SCPM-IIAPMAPR-025-2016 de 21 de junio de 2016, suscrito por el Abg. Eduardo Esparza Paula, Intendente de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, remitió a esta Comisión el informe final dentro del expediente Nro. SCPM-IIAPMAPR-EXP-002-2016.

**6.1.9** Mediante providencia de 27 de junio del 2016 a las 09h46 la CRPI avoca conocimiento del informe No.SCPM-IIAPMAPR-025-2016 de 21 de junio de 2016, suscrito por el Abg. Eduardo Esparza Paula, Intendente de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas el cual se corre traslado al operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A.CONECEL, a fin de que en el término de diez días proponga alegaciones pertinentes, y se digna con el número de trámite de expediente SCP-CRPI 035-2016.

**6.1.10** Mediante providencia de 05 de julio del 2016 a las 16h40 de conformidad con lo prescrito en los Artículos 76 Constitución de la República del Ecuador, Art. 60 Ley de Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y Art. 71 Reglamento para la aplicación de la Ley de Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado convoca al operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A.CONECEL a

la Audiencia Pública, que se realizará en la Corte Nacional de Justicia de esta ciudad de Quito.

**6.1.11.** El día jueves 14 de julio de 2016, a las 10h00, en la Sala de Audiencias de la Corte Nacional de Justicia, ubicada en el Octavo Piso de las calles Avenida Amazonas No.37-101 y Unión Nacional de Periodistas con la comparecencia de la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas y de los abogados representantes del operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A.CONECCEL se realizó la audiencia pública y se escucharon los alegatos correspondientes.

## **6.2.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-**

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

El artículo 3 de la Constitución de la República del Ecuador establece: “Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales [...]”

El artículo 66 numerales 4 y 26 de la Constitución de la República señala: “Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. [...] 26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas”

El artículo 76 de la Constitución de la República numerales 1 y 7 literales a), c) y h) dispone: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. [...] 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 [...]”.

El artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador señala: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

El artículo 304 numeral 6 de la Constitución de la República establece que la política comercial tendrá como objetivo: “[...] Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado [...]”

El artículo 321 de la Constitución de la República dispone: “El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental”.

El artículo 335 de la Constitución de la República establece: “El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.- El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal”.

El artículo 336 de la Constitución de la República señala: “El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. 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 de la LORCPM establece: “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; y 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 de la LORCPM señala: “Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley 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 las 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 numerales 1, 2 y 5 de la LORCPM establece: “Lineamientos para la regulación y principios para la aplicación.- 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 la materia de esta Ley: 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. [...] 5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado. [...]”

El artículo 62 de la LORCPM dispone: “El órgano de sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación, podrá, a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar medida preventivas, tales como la orden de cese de la conducta, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, la adopción de comportamientos positivos y aquellas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las

condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Las medidas preventivas no podrán consistir en la privación de libertad, la prohibición de salida del país o el arraigo. Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar.

En el caso de desacato, podrá ordenar la clausura de los establecimientos en los que se lleve a cabo la actividad objeto de la investigación hasta por noventa días”.

El artículo 65 de la LORCPM manda: “Los actos administrativos emanados de las autoridades de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sus órganos y funcionarios, se presumen legítimos y están llamados a cumplirse desde su notificación. [...]”

El artículo 77 de la LORCPM establece: “Serán sujetos infractores las personas naturales o jurídicas que incurran en las prohibiciones o ejecuten las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley. [...]”

El artículo 78 de la LORCPM establece: “Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves. [...] 1. Son infracciones leves: [...] d. Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.”

El artículo 79 de la LORCPM prevé: “La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, delibera mente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones: a) Las infracciones leves con multa de hasta el 8% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa”.

El artículo 87 de la LORCPM manifiesta: “Serán de conocimiento público y publicadas, en medios de amplia difusión, en la forma y condiciones que se prevea reglamentariamente, las sanciones en firme impuestas en aplicación de esta Ley, su cuantía, el nombre de los sujetos infractores y la infracción cometida”

La Disposición General Quinta de la LORCPM determina: “Los operadores económicos adecuarán su comportamiento, operaciones, contratos y en general todas sus actividades económicas al régimen previsto en esta Ley de manera inmediata”.

### **6.2.3.- Código Civil**

El artículo 1453 del Código Civil prescribe: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.



El artículo 1454 del Código Civil señala: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”.

El artículo 1458 del Código Civil determina: “El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”.

El artículo 1476 del Código Civil prescribe: “Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer [...]”.

El artículo 1561 del Código Civil señala: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

El artículo 1562 del Código Civil señala: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”.

El artículo 1583 del Código Civil prescribe: “Las obligaciones se extinguen, en todo o en parte: 1.- Por convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo [...]”.

#### **6.2.4.- Código Orgánico General de Procesos**

El artículo 158 del Código Orgánico General de Procesos establece: “Finalidad de la prueba. La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos.”

El artículo 161 del Código Orgánico General de Procesos determina: “Conducencia y pertinencia de la prueba. La conducencia de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso. La prueba deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos”

El artículo 164 del Código Orgánico General por Procesos señala: “Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.

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 existencia o validez de ciertos actos.

La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.”

El artículo 165 del Código Orgánico General de Procesos establece: “Derecho de contradicción de la prueba. Las partes tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirla.”

El artículo 205 del Código Orgánico General de Procesos define: “Documento público. Es el autorizado con las solemnidades legales. Si es otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública. Se considerarán también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente.”

El artículo 227 del Código Orgánico General de Procesos manifiesta: “Finalidad y contenido de la prueba pericial. La prueba pericial tiene como propósito que expertos debidamente acreditados puedan verificar los hechos y objetos que son materia del proceso.

Las partes procesales, podrán sobre un mismo hecho o materia, presentar un informe elaborado por una o un perito acreditado.”

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

El artículo 1 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM determina: “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. Para efectos de este instrumento, serán aplicables las definiciones y lineamientos contenidos en la Ley. [...]”.

El artículo 4 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM determina: “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 54 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM señala: “Inicio del procedimiento.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley, el procedimiento se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, o por denuncia.”

El artículo 55 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM señala: “El procedimiento se iniciará de oficio por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tras haber tenido conocimiento directa o indirectamente de las conductas susceptibles de constituir infracción; o como consecuencia de los resultados de estudios económicos o del examen permanente de las restricciones conferidas en virtud de la Ley.- El órgano de sustanciación abrirá un expediente y conducirá una investigación preliminar, cuyo informe no podrá ser expedido en más de ciento ochenta (180) días término, de haber resuelto el inicio de la investigación.- Dentro del término de tres (3) días de haber concluido el informe, se notificará al presunto o presuntos responsables sobre la existencia de presunciones de haber incurrido en una infracción.- El presunto o presuntos

responsables podrán presentar explicaciones en el término de quince (15) días de notificado el inicio de la investigación preliminar. Vencido este término, el órgano de sustanciación se pronunciará, en el término de diez (10) días, sobre el inicio de la investigación de conformidad con el artículo 56 de la Ley u ordenará el archivo del expediente. Si se iniciare la investigación, continuará el procedimiento y se resolverá de conformidad con los artículos 58 al 61 de la Ley y artículos 62 al 72 del Reglamento.”

El artículo 70 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM señala: “Concluido el término de prueba, el órgano de investigación emitirá informe final en el término de quince (15) días. El informe final contendrá la enumeración y valoración de la prueba presentada durante el término de prueba; las sanciones y medidas correctivas propuestas; y, cuando proceda, la propuesta de exención o de reducción del importe de la multa de conformidad a lo que establece la Ley.

El informe final será remitido dentro del término indicado en el párrafo precedente al órgano de sustanciación y resolución, junto con el expediente del procedimiento, para su conocimiento y resolución.”

El artículo 73 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM determina: “Según lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley el órgano de sustanciación y resolución podrá establecer, entre otras, las siguientes medidas preventivas tendientes a evitar una grave lesión que afecte la libre concurrencia de los operadores:

- a) Ordenes de cese inmediato de la conducta en que se podrá incluir el apercibimiento de sanción de conformidad con la Ley.
- b) La imposición de condiciones.
- c) La suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida.
- d) La adopción de comportamientos positivos.
- e) Las demás que considere pertinente para preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieren causar las conductas investigadas o asegurar la eficacia de la resolución definitiva.

No se podrán dictar medidas preventivas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales.-

En ningún caso la propuesta, adopción, suspensión, modificación o revocación de medidas preventivas suspenderá la tramitación del procedimiento”.

El artículo 78 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM determina: “Las medidas preventivas cesarán en el plazo que establezca el órgano que lo disponga o cuando se adopte la resolución que ponga fin al procedimiento.”

Los artículos 81 y 82 de la LORCPM, regulan la aplicación de las circunstancias agravantes y atenuantes que se deberán considerar al momento de resolver. Artículo 81.- “Circunstancias Agravantes.- Para fijar el importe de las sanciones se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias agravantes:

- a. La comisión reiterada de infracciones tipificadas en la presente Ley.
- b. La posición de responsable o instigador de la infracción.
- c. La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.
- d. La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible

consideración como infracción independiente, según lo previsto en el artículo 78 numeral 1, literal” g.- Artículo 81.- Circunstancias Atenuantes.- Para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes:

- a. La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.
- b. La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas.
- c. La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado.
- d. La colaboración activa y efectiva con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado 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 esta Ley.”

Art. 95.- Cálculo del importe de las multas.- El importe de las multas establecidas en el artículo 79 del a 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.

Art. 96.- Base para el cálculo del importe de la multa.- La base para el cálculo del importe de la multa se fijará en referencia al volumen de negocios realizado en el mercado o mercados relevantes afectados por la infracción investigada.

Con el fin de determinar la base para el cálculo del importe de la multa, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá en cuenta, entre otros, 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 intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción.

De conformidad con las circunstancias de la infracción y la gravedad de la misma, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá establecer la base para el cálculo del importe de la multa en relación al volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

Art. 97.- Información.- Con el fin de determinar el volumen de negocios de un operador económico, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado utilizará los mejores datos disponibles sobre dicho operador económico.

Cuando el volumen de negocios de operadores económicos que participan en una infracción sea similar, pero no idéntico, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá fijar un mismo importe de base para cada uno de estos operadores económicos.

Art. 98.- Base total para el cálculo del importe de la multa.- La base para el cálculo del importe de la multa determinada por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en función del artículo 96 de este Reglamento, se multiplicará por el número de años de duración de la infracción. Los períodos inferiores a un semestre se contarán como medio año; los períodos de más de seis meses pero de menos de un año se contarán como un año completo.

Art. 99.- Circunstancias agravantes.- El importe de base de la multa, una vez multiplicado por el tiempo de duración de la conducta, podrá incrementarse cuando la Superintendencia de Control del Poder de Mercado constate la existencia de circunstancias agravantes de conformidad con el artículo 81 de la Ley.

Art. 100.- Circunstancias atenuantes.- El importe de base de la multa, una vez multiplicado por el tiempo de duración de la conducta, podrá reducirse cuando la Superintendencia de Control del Poder de Mercado constate la existencia de circunstancias atenuantes de conformidad con el artículo 82 de la Ley.

Art. 101.- Ajustes del importe de la multa.- Para determinar el importe total de la multa, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado realizará una evaluación global que tendrá en cuenta todas las circunstancias pertinentes, tanto las circunstancias agravantes así como de las circunstancias atenuantes.

### **6.2.6.- Instructivo especial para la aplicación de medidas preventivas de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado**

El artículo 7 del Instructivo para la aplicación de las medidas preventivas establece: “CLASES DE MEDIDAS PREVENTIVAS.- Según el Art. 62 de la Ley, el órgano de sustanciación y resolución podrá establecer, entre otras, las siguientes medidas preventivas: a. Orden de cese de la conducta. b. La imposición de condiciones. c. La suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida. d. La adopción de comportamientos positivos. e. Aquellas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño irreparable que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere. Las medidas preventivas tienen por objeto asegurar la eficacia de la resolución definitiva en sede administrativa”.

El artículo 16 del Instructivo para la aplicación de medidas preventivas determina: “MONITOREO DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS.- El órgano de investigación será el encargado de monitorear el cumplimiento de las medidas preventivas adoptadas a fin de verificar que se cumplan y en caso de incumplimiento poner en conocimiento de la Comisión de Resolución de Primera Instancia. El incumplimiento de las medidas cautelares, cuando sean atinentes al operador económico, constituirán un agravante para la aplicación de la sanción a que hubiere lugar.”

### **6.2.7.- Jurisprudencia Sobre el acto administrativo.-**

**6.2.7.1.-** En cuanto a la definición del acto administrativo la Corte Constitucional del Ecuador instruye: “[...] *El accionar de la administración pública, sus actos u omisiones para que reciban el calificativo de acto administrativo, debe ser la expresión o declaración de voluntad de la administración pública, destinada a producir efectos jurídicos. Por tanto, de modo general se enciende por acto administrativo la declaración unilateral de voluntad de autoridad pública competente, que en el ejercicio de su potestad administrativa ocasione efectos jurídicos subjetivos, al crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas individuales concretas [...]*” Sentencia 014-10-SIS-CC (RO.647:25-FEB-2012)

**6.2.7.2.-** En otro fallo la Corte Constitucional del Ecuador ilustra: “[...] *Es conocido según la doctrina y la jurisprudencia, el acto administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos en forma directa; que gozan de legitimidad, ejecutoriedad, validez y eficacia, presunción de legitimidad que considera que toda decisión emanada del poder público está enmarcada en el respectivo ordenamiento jurídico; en consecuencia, todo acto administrativo es válido hasta que la autoridad competente declare lo contrario, esto es, lo anule o decida la ilegalidad de tal acto, por petición expresa del administrado, quien en uso de su facultad constitucional y legal puede recurrir en sede administrativa o jurisdiccional a impugnar las resoluciones públicas que vulneren sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos [...]*” Sentencia No.188-12 SEP-CC. CASO 0089-11-EP.

## **6.2.8. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de las Garantías Procesales y la Actividad Administrativa Sancionadora.-**

**6.2.8.1.- 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 legales, el mismo que ampliado técnicamente al ámbito de imposición de sanciones, configura el principio de juridicidad:[...]*”. Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo I, Enero 2012, página 80.

**6.2.8.2.- 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[...]*”. Sentencia No.056-12-SEP-CC CAS No.0850-10-EP 27 de marzo de 2012.

**6.2.8.3.- 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 [...]”.* Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo VI, Junio 2012, Quito Ecuador, Página 506.

**6.2.8.4.- 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 [...]”.* Sentencia No.109-12-SEP-CC, CASO No.0246-10-EP, 08 de marzo de 2012.

#### **6.2.9.- Doctrina (La CRPI acoge la doctrina señalada por la IIAPMAPR)**

Para la aplicación del artículo 62 de la LORCPM se hace necesario considerar la doctrina relacionada con la adopción de las medidas preventivas, que concuerdan con la Ley 15-2007 de España (LDC): *“se considere que su adopción es necesaria para asegurar la eficacia de la resolución que en su día se dicte.”*<sup>1</sup> Asimismo, se debe observar la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) o verosimilitud de la ilicitud de las conductas denunciadas y el peligro en la demora (*periculum in mora*: peligro por infructuosidad y por tardanza) de la adopción de la resolución por el tiempo que tarda la sustanciación del expediente.-

Conforme el artículo antes citado (Ley 15-2007, España) y la doctrina internacional, la justificación para la adopción de medidas preventivas radica en garantizar la eficacia de la resolución que en su momento se dicta.<sup>2</sup> Esto último ha sido ratificado por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de España, en su resolución de 30 de mayo de 2006, dentro del Expediente MC 35/06, Excursiones puerto de Soller. En la citada resolución el TDC indicó que el objetivo de las medidas cautelares es: La adopción de las medidas preventivas requieren de una resolución<sup>3</sup> del órgano

---

<sup>1</sup> Elena Pérez Ruíz. *Conceptos comunes*. En *Introducción a la defensa de la Competencia*. Ed. 8, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia CNMC. Pág. 44

<sup>2</sup> *Ibid.* Pág. 45

<sup>3</sup> El inciso final del artículo 77 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado se refiere expresamente a la resolución de adopción de la medida preventivas

competente; así, en el caso del Ecuador, según el artículo 62 de la LORCPM, es la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI) el órgano competente para resolver su adopción. Las medidas preventivas están relacionadas con las conductas anticompetitivas que se investigan; de ahí que se las adopta para evitar un daño mayor y asegurar la eficacia de la resolución final.

Muchas veces se podría afirmar que la resolución de una medida preventiva no es un acto administrativo por su efecto temporal, lo cual no es correcto. El doctor Efraín Pérez ha manifestado que “las manifestaciones que pueden asumir los actos administrativos son innumerables”.<sup>4</sup> Agustín Gordillo ha señalado que cumplida la condición de que el acto produzca efectos jurídicos directos, inmediatos, “poco importa que ellos sean de naturaleza provisional o definitiva”.<sup>5</sup> En la misma línea, el doctor Pérez concluye que “cualquier acto de la autoridad administrativa que en forma unilateral establece o produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata y directa, es un acto administrativo, independientemente de la denominación que se le atribuya.”<sup>6</sup>

Gordillo realiza un análisis sobre los actos interlocutorios y definitivos, manifestando:

Lo típico del concepto es la producción directa, sin condición o plazo suspensivo, de efectos jurídicos; dada esa caracterización, poco importa llamarlo definitivo, pues ello nada agrega al concepto. Ofrece, en cambio, margen para la confusión en su aplicación práctica.

Por lo demás y en lo que respecta a las medidas que la administración dicta en el curso de un sumario, o en preparación de otros actos que luego ha de dictar, debe advertirse que ellas pueden ser preparatorias con referencia a otra disposición que ulteriormente se adoptará, pero que en sí mismas son definitivas en el sentido de que lo que ellas establecen queda ya decidido.<sup>7</sup>

Por lo anterior, se debe entender al acto administrativo como producto del ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos temporales o definitivos a través de la creación de la voluntad administrativa; esto se traduce en actos de la administración válidos que son notificados en el momento procesal oportuno a las partes con el fin de asegurar el cumplimiento de lo dispuesto por la autoridad, basada en una norma legal o constitucional, observando el debido proceso, la intermediación de las partes, la celeridad procesal y la tutela efectiva de los derechos de las partes intervinientes dentro del proceso de investigación. Finalmente, es necesario distinguir a los actos preparatorios, como los informes y los dictámenes, de los actos interlocutorios o de mero trámite, “que a pesar de su denominación, sería un acto productor de efectos jurídicos directos, aunque no en cuanto al fondo de la cuestión debatida, sino en cuanto al

---

al referirse a la sugerencia de suspensión, modificación o revocación, cuando ha surgido “circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de emitir la **resolución**” (las negrillas y el subrayado me pertenecen)

<sup>4</sup> Efraín Pérez. Derecho Administrativo. Tomo 1. Tercera edición. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009. Pág. 449

<sup>5</sup> Agustín Gordillo. El Acto Administrativo como productor de efectos jurídicos. Internet: [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo3/capitulo2.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo2.pdf). Pág. II-9

<sup>6</sup> Efraín Pérez. Ob. Cit. Pág. 455

<sup>7</sup> Agustín Gordillo. Ob. Cit. Págs. II-11 y II-12



trámite.”<sup>8</sup> En cuanto al seguimiento sobre el cumplimiento de la medida cautelar en España, al igual que en Ecuador, le corresponde al Órgano de investigación.

*Volviendo a la necesidad de la adopción de una medida preventiva, es necesario detenerse a analizar la teoría de las facilidades esenciales. Esta teoría establece la necesidad de “obligar al dominante a dar acceso a terceros a instalaciones (activo, facilidad o infraestructura) que es esencial para llegar a los clientes y/o posibilitar a los competidores realizar su negocio, y que no puede ser replicada por medios razonables.”*<sup>9</sup>

*Las facilidades esenciales pueden constituir desde productos hasta servicios, por ejemplo: materia prima, servicios aeroportuarios, acceso a una red de distribución, información técnica necesaria para los competidores, un derecho de propiedad intelectual, puentes ferroviarios, redes de telecomunicaciones y de transmisión de electricidad, estadios deportivos, puertos, redes postales, oleoductos y gaseoductos, acuerdos interlinea-aviación, etc.*<sup>10</sup> En este sentido, “el concepto de denegación de suministro abarca una amplia gama de prácticas, tales como [...] la denegación de concesión de acceso a una instalación esencial o a una red.”<sup>11</sup>

*En el mismo sentido, la Corte de apelaciones de EEUU ha señalado:*

*La doctrina de las facilidades esenciales, también llamada bottleneck principle, establece que cuando una instalación no puede prácticamente ser duplicada por quienes podrían (sic) ser competidores, quienes están en posesión de las instalaciones deben permitir a sus competidores compartirlas en términos justos y razonables. Es ilegal **restringir** el comercio negando el acceso a facilidades escasas. (Las neग्रillas me pertenecen)*

*Para concluir lo pertinente a este apartado, se citará doctrina sobre los contratos, así:*

*[...] el contrato forma parte del estatuto jurídico adscrito a la persona que lo ha celebrado y que en tal condición, debe ser reconocido por los terceros, que si bien no están obligados a sus estipulaciones, no pueden eludir la existencia del mismo en lo que atañe a sus relaciones personales, con cualquiera de las partes contrayentes. [...]*<sup>12</sup>

*El contrato debe ser considerado como una hipótesis relacional. Ello significa que una vez perfeccionado desencadena determinadas consecuencias, entre las cuales debe mencionarse el nacimiento de derechos subjetivos y obligaciones (objeto del contrato).*<sup>13</sup>

---

<sup>8</sup> *Ibíd.* Pág. II-13

<sup>9</sup> *Comunicación sobre aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones (1998). Citado en Rocío Becerril Basa. Conductas restrictivas de la competencia: El abuso de posición de dominio. En *Introducción a la defensa de la Competencia*. Ed. 8, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia CNMC. Pág. 35*

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> *Idem.*

<sup>12</sup> Pablo Rodríguez Grez. Pacta sunt servanda. Revista ACTUALIDAD JURÍDICA No. 18 – julio 2008. Pág. 112

<sup>13</sup> *Ibíd.* Pág. 113

*[...] la fuerza obligatoria del contrato y su intangibilidad se funda en la voluntad o querer de las partes que intervienen en él. Ellas (las partes) limitan su libertad, asumiendo un deber de conducta, lo cual se justifica por una ‘causa’ (todo contrato tiene una causa, pudiendo ella consistir en la mera liberalidad). La obligatoriedad del contrato sobreviene como consecuencia de una autoimposición de las partes que concurren a él. Por consiguiente, esta obligatoriedad radica en la voluntad de cada parte y su intangibilidad en el consentimiento.<sup>14</sup>*

*Para Hans Kelsen es necesario distinguir entre el contrato como ‘acto de constitución de la relación jurídica y el contrato como relación jurídica creada’. La fuerza obligatoria del contrato es derivada de la ley, delegada por la ley. Deriva por que tanto formal como materialmente se adapta a la norma superior. El contrato carece de validez en sí mismo, ya que la fuerza le ha sido atribuida por la norma. En suma, la convención es obligatoria en la medida en que el ordenamiento jurídico la considera como ‘un estado de hecho creador de derecho. [...]’<sup>15</sup>*

*El contrato es un acto de auto limitación de libertad, esto implica que el sujeto, por propia decisión y estando facultado para hacerlo restringe su libertad, asumiendo el deber de comportarse de una cierta manera en función de los intereses de un tercero.<sup>16</sup>*

#### **SÉPTIMO.- IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS INCUMPLIDAS RESPONSABLES Y DECLARACIÓN DE LA INFRACCIÓN.-**

De lo expuesto, la conducta típica y antijurídica de responsabilidad imputada al operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, se encuentra prevista en el numeral 1 literal (d) del artículo 78 de la LORCPM, norma en la que el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, adecuó su conducta por cuanto incumplió las medidas preventivas ordenadas por la CRPI, dentro del expediente No. 002-SCPM-CRPI-2013, adoptadas en la resolución de fecha 30 abril del 2013 9h00, confirmada el 16 de mayo del 2013 a las 15h13 y tramitadas en dentro de los expedientes: SCPM-IIAPMAPR-002-2014 y SCPMCRPI-2016-035.

#### **OCTAVO.- LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS.-**

Las medidas preventivas y correctivas, establecidas en la LORCPM, tienen como propósito, corregir temporalmente las primeras y definitivamente las segundas, las conductas infractoras en materia de competencia. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, tiene la facultad de dictar medidas preventivas de la forma establecida por el artículo 62 de la LORCPM, que en su parte pertinente dice que podrá adoptar, entre otras, medidas preventivas como la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, que es la pertinente en el caso que nos ocupa ya que hace referencia a una cláusula de exclusividad contenida en los contratos de exclusividad

---

<sup>14</sup> *Ibíd.* Pág. 119

<sup>15</sup> *Ibíd.* Pág. 123

<sup>16</sup> *Ibíd.* Pág. 127

que el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, suscribió con los propietarios de los terrenos donde había instalados sus radiobases y que impedía que otros operadores económicos en telecomunicaciones instalaran sus equipos en esos espacios.

En el presente caso, la CRPI dictó las medidas preventivas que consistían en la suspensión temporal de las cláusulas de exclusividad que estaban contenidas en los contratos que el operador económico CONECEL S.A., había suscrito con los propietarios de los inmuebles en los que había instalado sus radiobases, ya que existía una denuncia del operador económico CNT EP, que quería instalar sus radiobases en ciertos terrenos en los que se había ubicado el operador económico CONECEL S.A., en este caso la medida de suspensión tenía entre otros propósitos eliminar temporalmente la barrera de entrada que se le habían presentado al denunciante o a cualquier otro operador económico en telecomunicaciones.

La medida preventiva dictada por la CRPI el 30 de abril del 2013, dice: *“Que se ordena como medida preventiva de manera provisional la suspensión de las cláusulas de exclusividad que constan en los contratos de arrendamiento suscritos entre el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL para el arrendamiento de inmuebles destinados a la instalación de radiobases y sus infraestructuras complementarias.”*. Esta medida debió haber sido cumplida por el operador económico CONECEL S.A., nótese que la disposición de la CRPI tiene que ver con las cláusulas de exclusividad que constan en los contratos actuales que el operador económico CONECEL S.A., tiene suscrito con los propietarios de los terrenos en los que ha instalado sus radiobases.

En sus alegaciones, el operador económico CONECEL S.A., manifiesta que no debía realizar ninguna acción positiva para el cumplimiento de la medida preventiva ordenada por la CRPI, ya que la sola resolución de la medida preventiva tiene eficacia por sí misma, es decir, la suspensión de unos actos no necesitan que el administrado realice ninguna acción ya que esa decisión surte efectos inmediatos con independencia de que alguien haga algo. La decisión de suspender los efectos de actos jurídicos, no requiere que el administrado realice acciones, sino que, bajo el imperio de su propia competencia esa decisión surte efectos inmediatos. Examinemos esta alegación, que es la más importante, luego de la alegación de nulidad que se analizó en el numeral tercero de esta resolución. Las resoluciones administrativas podrían tener algunos alcances, pueden ser resoluciones de carácter general o normativo, como aquellas que nacen del segundo inciso del artículo 37 de la LORCPM, en virtud del cual la SCPM puede dictar normas de carácter de generalmente obligatorias en materia de su competencia, es decir, aquellas denominadas “erga omnes”, que son de cumplimiento obligatorio por parte de los operadores económicos, desde el momento de su emisión. La medida preventiva dictada por la CRPI, en el presente caso, no tiene ese carácter, al contrario, es una resolución de las denominadas “inter partes”, es decir, es de aquellas que deben ser cumplidas por los operadores económicos que aparecen como partes en los procesos que se siguen en la SCPM.

Si la autoridad de competencia resuelve suspender de manera provisional las cláusulas de exclusividad que constan en los contratos de arrendamiento suscritos entre el Consorcio

Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, para el arrendamiento de inmuebles destinados a la instalación de radiobases y sus infraestructuras complementarias, y si consideraríamos como cierta la tesis del operador económico CONECEL S.A., y la sola emisión de la medida preventiva suspensiva resultaría eficaz para dejar sin efecto esa cláusula de manera temporal, mientras dura la investigación en el expediente principal, surge una pregunta: ¿cómo los dueños de los terrenos, en los que el operador económico CONECEL S.A., tiene instaladas su radiobases, se enterarían de los cambios que afectan al contrato sin que el operador económico CONECEL S.A., realice acciones de cumplimiento de la resolución de la CRPI?, la respuesta es bastante obvia: no lo sabrían, por lo que si otro operador económico en telecomunicaciones solicitaría arrendar uno de sus terrenos para instalar sus equipos, seguramente, dentro de esta hipótesis, el dueño del terreno negaría esa solicitud planteada por un diferente operador económico en telecomunicaciones, para el propietario todavía pesa la cláusula de exclusividad del contrato suscrito, manteniéndose de este modo las barreras de entrada a los otros operadores económicos en telecomunicaciones.

Para garantizar la eficacia de la resolución de la CRPI, en la que adopta la medida preventiva, era necesario que el operador económico realice actos positivos que informen y cambien la estructura jurídica de la cláusula de exclusividad que el operador económico CONECEL S.A., tenía pactado con sus arrendadores, aunque sea de manera temporal. Se concluye, de manera categórica, que el operador económico CONECEL S.A., debió realizar las acciones necesarias para dar cumplimiento a la resolución de la CRPI y suspender las cláusulas de exclusividad

El operador económico CONECEL S.A., dentro de sus alegatos manifiesta que la IIAPMAPR, siguió un supuesto incumplimiento de las medidas correctivas dictadas por la CRPI, corrección de mercado que consistió en dejar sin efecto de manera definitiva la cláusula de exclusividad que se encuentra contenida en los contratos de arrendamiento que ha suscrito el operador económico CONECEL S.A., con los propietarios de los terrenos en los que ha instalado sus radiobases, y que en tales circunstancias, al no haber sido sancionado en este expediente, mal se podría argumentar el incumplimiento de las medidas preventivas cuando las medidas correctivas han sido cumplidas y se ha ordenado el archivo del expediente. Al respecto, la CRPI en resolución de 18 de marzo de 2015 a las 16h30, resolvió aplicar el numeral 1 del artículo 87 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, (RLORCPM), norma aplicable cuando un operador económico ha incumplido la ejecución de las medidas correctivas y que en su tenor literal manifiesta: *“Transcurrido el plazo para el cumplimiento de las obligaciones y de no haberse cumplido [...]” 1. La aplicación inmediata de medidas correctivas adicionales*”, esto demuestra el incumplimiento del operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, de las medidas correctivas dictadas por la CRPI en resolución del 19 de marzo del 2014. lo que demuestra la flexibilidad que tiene la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y la inexistencia de animosidad alguna frente al operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL.

## **NOVENO.- DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE INFRACCIÓN Y RESPONSABILIDAD QUE CORRESPONDE A SUS AUTORES.-**

Del análisis realizado en la presente resolución, sobre la base del Informe Final emitido dentro del expediente No. SCPM-IIAPMAPR- EXP-002-2014 de 21 de junio de 2016, suscrito por el abogado Eduardo Esparza Paula Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas y en atención a la prueba practicada y evacuada en el presente procedimiento administrativo, se advierte que esta CRPI así lo declara que el operador económico CONECEL S.A. incumplió la resolución de 30 de abril de 2013 a las 09h00 y confirmadas el 16 de mayo del 2013 a las 15h13, relativas a la adopción de medidas preventivas dentro del expediente No. 002-SCPM-CRPI-2013 y que en su tenor literal disponía: *“Que se ordena como medida preventiva de manera provisional la suspensión de las cláusulas de exclusividad que constan en los contratos de arrendamiento suscritos entre el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL para el arrendamiento de inmuebles destinados a la instalación de radiobases y sus infraestructuras complementarias.”*

### **DÉCIMO.- SANCIÓN**

Se concluye, entonces, que el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL no cumplió con la obligación de suspender provisionalmente la cláusula de exclusividad que consta en los contratos que suscribió con los dueños de los terrenos en los que tiene instaladas sus radiobases, pero se reconoce los esfuerzos que realizó para hacerlo.

El operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL adecuó su conducta a la infracción contenida en el literal d) del numeral 1) del artículo 78 de la LORCPM, infracción clasificada como leve.

El artículo 79 de la LORCPM manifiesta en su literal a) que dice: *“Las infracciones leves hasta con multa del 8% del volumen total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa”* para la aplicación de la sanción, se considerará el ejercicio económico inmediatamente anterior al presente año, es decir, el año 2015.

### **DÉCIMO PRIMERO.- CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN.-**

Mediante informe SCPM-IIAPMAPR-DNIAPM-068-2016 de 16 de agosto de 2016, informa que el volumen total de negocios del operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL asciende al valor de USD \$ 1'540.225.902,45, por lo que el máximo de la multa de infracciones leves, es decir el 8% del volumen total de negocios ascendería a USD \$ 123.218.072,20.

El mercado relevante que se usará para la aplicación de la metodología contenida en el RLORCPM es el mercado de las telecomunicaciones, mercado relevante utilizado en el expediente principal y que asciende a USD \$1.379.550.981,96.

El 8% del volumen de negocios del mercado relevante asciende a USD \$ 110.364.078,56, tratándose de una infracción de orden administrativo se considera como base para el cálculo del importe de la multa el mercado relevante del operador económico CONECEL S.A.

El tiempo de infracción consta desde el 16 de mayo de 2013 hasta el 19 de marzo del 2014, fecha en la que se emite el acto administrativo del expediente principal, es decir, menos de un año, por lo que el coeficiente multiplicador de la base de cálculo será de uno (1). El resultado de la base total para el cálculo del importe de la multa seguirá siendo de USD \$110.364.078,56.

Con fecha 3 de mayo de 2013, el operador económico CONECEL S.A., informó a la CRPI que “ha dado cumplimiento a la misma disponiendo lo siguiente: 1. La suspensión del ejercicio de cualquier derecho contractual de exclusividad que pudiera invocar frente a los propietarios de los inmuebles, con los que ha suscrito contratos de arrendamiento para instalar sus radiobases.- 2. La orden de que no se incorpore en los contratos de arrendamiento que en adelante se suscriba cláusulas como la que ha generado el inicio de este expediente.” Este documento tiene importancia en la medida que el operador económico CONECEL S.A., informa sobre el cumplimiento de la disposición de la CRPI, cosa que en la realidad no sucedió, configurándose el engaño a la autoridad de competencia, lo cual se considera como una circunstancia agravante. La CRPI considera en un 1% el incremento para la circunstancia agravante: USD \$ 13.795.509,82, si bien esta circunstancia agravante no está taxativamente señalada, el artículo 81 de la LORCPM, pero el inciso primero de este artículo manifiesta: “*Para fijar el importe de las sanciones se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias agravantes [...]*”, lo que les da el carácter de ejemplificativas a las señaladas a continuación dentro del artículo citado.

La colaboración que el operador económico CONECEL S.A., ha prestado a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dentro el proceso de investigación, constituye una atenuante que la CRPI considera una rebaja de un 1% del volumen total de negocios del mercado relevante, esto es USD \$13.795.509,82.

Sin embargo de lo manifestado, existen pruebas de que el operador económico CONECEL S.A, intento dar cumplimiento a la medida preventiva dispuesta por la CRPI: la IIAPMAPR revisa la documentación remitida por parte del operador económico CONECEL S.A. y encuentra que: a) El operador señala que remite 1030 oficios de notificación a propietarios de bienes inmuebles, indicando que deja constancia la declaración de inexistencia de la ‘cláusula de exclusividad’ y ‘cláusula de interferencia, sin embargo, verificada la documentación se encuentra que son 1032 oficios con el mismo texto dirigido a diferentes personas. b) De los referidos 1032 oficios, 80 se encuentran repetidos una o varias veces. De estos oficios repetidos, 51 poseen la misma firma de recepción y 29 contienen firmas de distintos receptores pero dirigidos al mismo destinatario. c) Con estas observaciones se establece que las “notificaciones” reales

enviadas por el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL son 952. d) Los oficios remitidos por el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL se encuentran todos en copias simples, sin notarizar y sin número cédula de ciudadanía del propietario. e) De las 952 ‘notificaciones’ realizadas por el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, 547 constan en la tabulación de contratos contenidos en el expediente Nro. SCPM-IIAPMAPR-2012-001, y 405 no constan en dicha tabulación de contratos.

Los justificativos de cumplimiento de la medida preventiva dispuesta por la CRPI, con la presentación de oficios, sin guardar las formalidades que se estilan en estos casos y que dan seguridad jurídica a las partes contratantes, sin embargo, es valorado por esta Comisión como atenuante en el presente caso, considerando que el operador económico CONECEL S.A., se ha pretendido dar cumplimiento a las medidas preventivas dispuestas por esta autoridad, por tanto, dentro de la evaluación global del proceso se considera con un peso de 2% del volumen total de negocios del mercado relevante, cantidad que asciende a USD \$ 27.591.019,64, valores que serán descontados de la base total para el cálculo de la multa. Esta circunstancia atenuante no está taxativamente señalada, el artículo 82 de la LORCPM, pero el inciso primero de este artículo manifiesta: *“Para fijar el importe de las sanciones se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes [...]”*, lo que les da el carácter de ejemplificativas a las señaladas a continuación dentro del artículo citado.

El valor del importe total de la multa que el operador económico CONECEL S.A. deberá pagar como multa por incumplimiento de medidas preventivas asciende a USD \$ 82.773.058,92, cantidad que representa el 5,37% del volumen total de negocios del operador económico CONECEL S.A., registrado para el año 2015.

## **DÉCIMO SEGUNDO.- DECISIÓN.-**

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 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado,

### **RESUELVE:**

**1.-** Acoger parcialmente el Informe No. SCPM- IIAPMAPR-025-2016 de 21 de junio de 2016, adjunto al Memorando No. SCPM-IIAPMAPR-181-2016-L de 22 de junio de 2016, suscrito por el abogado Eduardo Esparza Paula, Intendente de la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

2.- Imponer la multa de USD OCHENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y TRES MIL CINCUENTA Y OCHO con 92/100 (\$ 82.773.058,92) dólares de los Estados Unidos de América, al el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, por incumplimiento de una resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, infracción prevista en el literal d) numeral 1) del artículo 78 de la LORCPM, relacionada con la adopción de medidas preventivas adoptadas por parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia.

3.- El pago del importe total de la multa detallado en el numeral 2 de la presente resolución deberá ser cancelado por el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, en el término de quince (15 días) contados a partir de la notificación de la presente resolución. Valores que serán depositados en la cuenta corriente No. 7445261 del Banco del Pacífico, a nombre de Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

4. Notifíquese con la presente resolución al operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL y a la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

Actúe en calidad de Secretario Ad-Hoc de esta Comisión el abogado Christian Torres Tierra. **NOTIFIQUESE y CÚMPLASE.-**

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez  
**PRESIDENTE**

Dr. Agapito Valdez Quiñones  
**COMISIONADO**

Dr. Diego Jiménez Borja  
**COMISIONADO**