



Expediente No: 0009-SCPM-CRPI-2013

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-

Comisión de Resolución de Primera Instancia.- Quito, a 7 de febrero de 2014, las 12h30.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de Mercado nombró a la licenciada Sara Báez Rivera, al abogado Gustavo Alberto Iturralde Núñez y al doctor Marcelo Ortega Rodríguez como Comisionados, mediante acciones de personal Nos. 0380711 de 4 de febrero de 2013; 0380756 de 10 de mayo de 2013, y, 0457952 de 29 de noviembre de 2013, respectivamente. Incorpórese la comunicación GR-0276-2014, de 6 de febrero de 2014, suscrita por la abogada Virginia Nakagawa, Apoderada Especial de CONECEL. S.A. Encontrándose plenamente integrada la Comisión, habiéndose agotado el trámite y siendo el estado del expediente el de resolver, al hacerlo, se considera:

PRIMERO: COMPETENCIA.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia es competente para resolver el presente expediente de investigación, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 61 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en concordancia con el Art. 71 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y en uso de las atribuciones y facultades establecidas en el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

SEGUNDO: VALIDEZ.- El operador económico sujeto de investigación Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A. dentro del presente proceso, ha señalado de manera expresa a lo largo de la sustanciación del presente expediente, en primer momento en la Intendencia y seguidamente ante la Comisión, que existe "vulneración al debido proceso dentro del expediente", precisando que se han infringido los principios constitucionales de "igualdad procesal", "deber de confidencialidad", "derecho de defensa", y, "pertinencia de la prueba". A fin de tener presente la alegación, es importante precisar qué se entiende como debido proceso, y cómo este principio se irradia en el ámbito administrativo, así, Mario Madrid-Malo Garizábal, en su obra "Derechos Fundamentales" expresa: *"El debido proceso es el que en todo se ajusta al principio de juridicidad propio del Estado de derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeter legem. Como las demás potestades del Estado, la de administrar justicia está sujeta al imperio jurídico: solo puede ser ejercida dentro de los términos establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan en sentido positivo y negativo a los servidores públicos. Es debido, aquel*

*proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarias para garantizar la efectividad del derecho material. Se le llama debido porque se le debe a toda persona como parte de las cosas justas y exigibles que tiene por su propia subjetividad jurídica.”; de otro lado Verónica Jaramillo Huilcapi, en su obra “Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano”, señala: “En su tradicional origen norteamericano se conceptúa como “Due Process of Law”, significa una actuación no sólo al tenor de ciertas formas o procedimientos sino también con sujeción a ciertos principios. En efecto, el debido proceso tiene como propósito que, el procedimiento de cualquier índole político (juicios políticos), constitucional, civil, penal o administrativo se sujete y sea compatible primordialmente con las normas establecidas en la Carta Fundamental, de modo que el debido proceso es un derecho plural, porque está constituido por un conjunto de garantías básicas como la presunción de inocencia, la prohibición de juzgamiento y sanción en tanto y en cuanto el acto u omisión, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley; la carencia de validez de las pruebas obtenidas con violación de la Constitución y la ley; el derecho a la defensa, entre otras garantías que deben ser observadas y aplicadas por las autoridades competentes, durante la sustanciación de los correspondientes procedimientos.”; de lo expresado, toda autoridad administrativa o judicial tiene la obligación de garantizar el cumplimiento de la normativa vigente, así como el derecho de las partes, por lo que corresponde *prima face*, a la Comisión, analizar las alegaciones presentadas por CONECEL S.A., así:*

2.1. El Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, señala: “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:” y para el presente caso le son aplicables, sin perjuicio de otras garantías las siguientes: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria. 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. 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.” En el campo del procedimiento administrativo que prevé la Ley y el Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, este principio, nos señala que los administrados gozan de los derechos y garantías que se encuentran inherentes al debido procedimiento, es decir, corresponde a todos los niveles de las servidoras y servidores públicos y de quienes ejercen autoridad, observar el cumplimiento de las garantías y principios contenidos en la Constitución. El debido proceso, entendido como un derecho fundamental, que se sustenta en un conjunto de principios objetivos, que garantizan tanto a los administrados como a la administración, el respeto de sus derechos dentro de todo proceso administrativo o jurisdiccional, a fin de limitar el poder del Estado o las facultades discrecionales de la administración, y que sus actuaciones se encuadren a los procedimientos señalados previamente en la ley. El debido proceso cumple una doble función, establece procedimientos, lineamientos y directrices previamente diseñados y conocidos por todos, que permiten tener certeza y seguridad jurídica sobre las fórmulas, pasos o ritualidades a las que se someten determinados trámites o controversias contenciosas o voluntarias; pero además, constituye una garantía indefectible que protege los derechos de quienes se encuentran participantes dentro de una relación jurídica que debe ser resuelta por una autoridad pública, quien se encuentra obligada a aplicar un conjunto diverso de principios, reglas y mandatos que la ley le impone para su adecuado funcionamiento, y que de no hacerlo atentaría a esta garantía produciendo vulneración, indefensión, con la consecuente adopción de decisiones no justas o inequitativas.

2.2. Revisado el expediente esta Comisión mediante actuación de 11 de diciembre de 2013, en atención a lo dispuesto por el Art. 71 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, ordenó la práctica de actuaciones complementarias, a fin de tener mayores y efectivos elementos al momento de emitir la presente resolución; solicitando al órgano de investigación, informe sobre cuatro puntos, claramente identificados y a ser definidos, a saber: a) Que el órgano de investigación de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, remita informe complementario donde se puntualice, concrete, documente y exprese los supuestos perjuicios ocasionados por la denunciada CONECEL S.A., así como la información sobre si se mantienen los presuntos inconvenientes encontrados en ciertos terrenos a nivel nacional para efectuar la instalación de infraestructura necesaria para realizar el despliegue de la red HSPA+ de la CNT-EP, y las acciones que ha efectuado el denunciante, a partir de que esta

3/3/14

Comisión adoptó medidas preventivas mediante Resolución de 30 de abril de 2013, a las 09h00, debiéndose recordar al denunciante el claro contenido del Art. 64 de la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado. b) Presente informe complementario sobre la definición de “Mercado relevante”, concretamente puntualice dicha definición, con la mayor cantidad de datos relevantes, información pertinente, estudios o normas regulatorias complementarias. c) Presente informe complementario sobre si los inmuebles donde se encuentra instalada la infraestructura de telecomunicaciones, pueden o no ser considerados como una facilidad esencial o crítica, bajo control de un operador económico con poder de mercado. d) Presente informe complementario donde señale si a más de los inmuebles objeto de la investigación, se han presentado otros casos en los que un operador haya solicitado acceso a dichos inmuebles y dicho acceso haya sido negado por quien tenga control sobre dichos inmuebles; para la presentación de tal información, la Intendencia ha realizado la práctica de varias diligencias, entre ellas la práctica de una pericia, designando al Ing. David Enrique Jaramillo Veloz, y cuyo objeto ha correspondido a su vez a la solicitadas dentro del período de prueba por CONECEL S.A., sobre las cuales alega indefensión; es indispensable a este respecto analizar lo siguiente:

2.2.1. CONECEL S.A. con fecha 15 de octubre de 2013, a las 16:00 (fs. 2698 a 2845) el último día hábil de prueba, ha presentado mediante comunicación GR-1240-2013, suscrito por la Ab. Patricia Falconí, solicitud de práctica de varias pruebas tanto técnicas como financieras, que a decir de su representada, constituyen pruebas indispensables y pertinentes dentro de la investigación efectuada; esta solicitud de prueba ha sido en primer momento indebidamente negada por la Intenta actuante Abg. Estefanía Álvarez Hidalgo, quien señala en providencia de 21 de octubre de 2013, a las 10h00 (fs. 2857), que el término probatorio se extendía hasta el 14 de octubre de 2013, y en tal sentido la prueba devenía en extemporánea, situación que se corrige de oficio inmediatamente en actuación de 22 de octubre de 2013, a las 16h00 (fs. 2858 y vta.), en que dispone incorporar la documentación que ha sido presentada, pero niega la práctica de las pruebas constantes en los numerales 3.1.3, 3.1.5, 3.1.6, 3.1.8, 3.1.9, 3.2.1, 3.2.2, 3.2.3, 3.2.4 y 3.2.6 del escrito que obra de fojas 2697 a 2704, básicamente por considerar que dichas actuaciones “...son tendientes a dilatar o retardar indebidamente el término de prueba concedido a las partes; pese a las disposiciones que contienen las providencias de 22 de julio del 2013 a las 10h00 y 11 de septiembre del 2013 a las 14h00; los pedidos de prueba debieron efectuarse con la oportunidad necesaria y no en el último día a las 16h00 del término concedido a las partes por la obligación



496

de la buena fe y lealtad procesal"; de lo transcrito, es indispensable tener presente por un lado que el período de prueba fue aperturado el 22 de julio de 2013, a las 10h00, por un término de sesenta días (60), el cual inició el 23 de julio y concluyó el 15 de octubre inclusive; que durante todo ese tiempo tanto CNT EP, como CONECEL S.A. estuvieron plenamente aptos para solicitar la práctica de cuanta prueba consideraban necesaria para sustento de sus posiciones, tanto de cargo, como de descargo, habiendo la primera presentado escrito para la práctica de pruebas el 13 de agosto de 2013 (fs. 2636 a 2639), mientras que la segunda solamente lo ha hecho en comunicación de 15 de octubre de 2013, demostrando claramente el comportamiento procesal de las partes, y que a decir de la Intendencia denotan el incumplimiento de la buena fe procesal, entendida como aquella conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta; correspondiendo a las partes dar muestras de colaboración oportuna y adecuada con las probanzas que desea se practiquen a fin de que se cumplan con el principio de la prueba debidamente actuada, esto es que solamente la prueba pedida, presentada y practicada, debe ser analizada y hace fe dentro del presente expediente.

2.2.2. De otro lado si bien la Intendencia negó la práctica de varias pruebas, la Comisión al solicitar la elaboración de un informe complementario, allanó el camino a las partes para que ante el órgano de investigación, soliciten la práctica de diligencias que considerasen indispensables o que en su momento no se pidieron, presentaron o practicaron, dado que el propio inciso final del Art. 71 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, señala en su parte pertinente: "...podrá solicitar que el órgano de investigación practique actuaciones complementarias que pudieren servir como prueba.", y pese a que fue debidamente notificada CONECEL: el 11 de diciembre de 2013, con lo dispuesto en actuación de la misma fecha por la Comisión, así como el 16 de diciembre de 2013, con la providencia expedida por la Intendencia, tampoco ha hecho uso a su legítimo derecho de defensa, para solicitar la práctica o presentar documentación alguna de sustento de sus alegaciones, a fin de que puedan ser consideradas como prueba por la Comisión; y,

2.2.3. La Comisión dispuso la realización de la audiencia pública dentro del presente expediente, diligencia que se realizó el quince de enero de 2014, a las 10h00, en la misma que las partes podían "...alegar y presentar los documentos y justificativos que estimen pertinentes...", de conformidad con el inciso primero del Art. 71 del Reglamento para la Aplicación de la Ley

9 5 102

Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, habiendo solamente la Intendencia solicitado se incorpore documentación, tal como se desprende del acta de dicha diligencia (fs. 292 del cuaderno de la Comisión). Por lo expuesto, la Comisión de Resolución de Primera Instancia ha buscado precautelar la validez del presente expediente, subsanando y dando la oportunidad a las partes para que presenten en dos ocasiones los documentos y alegaciones que consideren necesarias y que pueden ser analizadas como prueba por esta autoridad, de lo anterior, se concluye que el presente expediente ha sido tramitado de conformidad con lo dispuesto tanto en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento de Aplicación; habiéndose cumplido con las formalidades propias de este tipo de procedimientos administrativos, en estricto respeto al debido proceso previsto en la Constitución de la República del Ecuador, y precautelando la vigencia y cumplimiento de las garantías básicas de los derechos protegidos constitucionalmente, no existiendo nulidad que incida en la decisión de la causa que pueda viciar al procedimiento, por lo que se declara su validez.

TERCERO: ANTECEDENTES.- a) El 24 de octubre de 2012 con Oficio No. 20121224, el señor César Regalado Iglesias, en calidad de Gerente General y como tal representante legal de la empresa pública Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT-EP, presenta denuncia de "Abuso de Poder de Mercado", contra la empresa Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., denuncia que ha sido aclarada el 8 de noviembre de 2012, siendo calificada por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en providencia de 16 de noviembre de 2012, de conformidad con los Arts. 54 y 55 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (fs. 57). **b)** La denuncia señala: *"...El 30 de julio de 2010, mediante Resolución No. 347-13-CONATEL-2010, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones (en adelante CONATEL) calificó y declaró a la compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL Operador Dominante en el mercado móvil-móvil para el servicio de voz en todo el territorio ecuatoriano. Que mediante oficio No. 20120495 de fecha 09 de mayo del 2012, la CNT EP puso en conocimiento de la Superintendencia de Telecomunicaciones (en adelante SUPERTEL) los inconvenientes encontrados en ciertos terrenos a nivel nacional en los cuales es idóneo efectuar la instalación de infraestructura necesaria para desplegar el despliegue de la nueva red HSPA+ de la CNT EP." (sic); añade "...que a pesar de que los dueños de dichos inmuebles están prestos a colaborar con la CNT EP, los mismos, tienen un limitante que es poseer actualmente un*



497

contrato de arrendamiento con la operadora CONECEL S.A. dentro de los que estipula una Cláusula de EXCLUSIVIDAD, que obliga a los dueños de los predios a comprometerse a no conceder uso, goce, 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 instalados. En el caso de incumplimiento, la ARRENDADORA deberá pagar una pena equivalente al 40% del Valor Total de la Renta mensual por el plazo de duración del contrato. Dichas cláusulas, impiden a los propietarios de los inmuebles arrendar sitios a otras operadoras, aduciendo temas técnicos que no son verdaderos, puesto que la instalación de equipos en inmediaciones aledañas o dentro del mismo inmueble no provocan daño alguno, al contrario, la compartición de la infraestructura se encuentra reglamentada por el CONATEL, razón por la cual es ilegal que en contratos de arrendamiento operadoras de telecomunicaciones incluyan cláusulas restrictivas que vayan en contra del ordenamiento jurídico vigente y sobre todo de regulaciones del sector.”; al detallar la conducta denunciada CNT – EP, lo concreta señalando: “La inclusión de estas CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD son una clara práctica de ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO tipificada en el Art. 9 numerales 1, 10, 11 y 19 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, puesto que las mismas han impedido que la CNT EP, como empresa estatal, delegataria y prestataria directa de los servicios estratégicos de telecomunicaciones, pueda desplegar su nueva red móvil HSPA+ a nivel nacional, con el único fin de innovar tecnológicamente y prestar un mejor servicio a nuestros usuarios.”(sic); la denuncia concluye: “... tenemos una evidente afectación a la CNT EP por abuso del poder de mercado; pues considerando la declaratoria de CONECEL S.A. como Operador Dominante mediante Resolución 347-13-CONATEL-2010 de 30 de julio de 2010, en vista de que se encuentran pendientes de ejecución las medidas necesarias para equilibrar el mercado, se concluye que cuando CONECEL S.A agrega en sus contratos de arrendamiento de bienes inmuebles cláusulas de exclusividad en sitios que no les pertenecen, se encuentran configurando las situaciones de abuso de poder de mercado estipulando en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; limitando de esta manera a la participación de otros competidores como CNT EP en la expansión del servicio de telefonía móvil a través del despliegue de su nueva red HSPA+ y la capacidad de entrada en un mercado relevante (móvil); puesto que para las demás operadoras es imposible acordar con los dueños de los predios arrendados

497

por CONECEL S.A, la suscripción de un contrato de arrendamiento adicional al suscrito con el Operador Dominante, al enfrentar al dueño al pago de penalidades por incumplimiento de contrato.”; y concreta su petición expresando: “...en vista de que se han configurado claramente todos los elementos de un claro ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO del Operador Dominante, Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., solicitó a su Autoridad que en aplicación de las disposiciones contenidas en el Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado así como en su reglamento, se dé paso a la presente denuncia en contra de CONECEL S.A, iniciándose de esta manera, el respectivo proceso de investigación y consiguiente sanción a dicha compañía con el rigor de la ley.”(sic); completa su denuncia informando a la Intendencia respectiva que “...la conducta denunciada se mantiene hasta el momento y esto se afianza en el oficio S/N de fecha 17 de octubre de 2012, remitido por CONECEL S.A. en el cual se niega de manera expresa la solicitud de autorización a los dueños de los predios afectados, requerida por CNT EP mediante oficio No. 20121151 y que aparentemente se ha mantenido vigente desde muchos años atrás.”, indicando adicionalmente que “... el alquiler de los mismos se ha efectuado entre dueños de dichos PREDIOS con CONECEL S.A. a través de contratos que estipulan cláusulas de exclusividad que los obliga a comprometerse a no conceder uso, goce, aprovechamiento o explotación bajo ningún título legal a otras empresas que se dediquen a las Telecomunicaciones en cualquiera de sus ramas de espacio alguno en el inmueble, aduciendo que esto podría ocasionar interferencia, mal funcionamiento, o poner en riesgo los equipos instalados; además estableciendo que en caso de incumplimiento, la ARRENDADORA deberá pagar una penalidad equivalente al 40% del valor total de la renta mensual por el plazo de duración del contrato.”(sic).

c) Mediante comunicación S/N ni fechada, ingresada en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 11 de diciembre de 2012, a las 15h37, el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A., debidamente representado por su procurador judicial, abogado Teodoro Maldonado Guevara, conforme lo acredita con el Poder que adjunta, presenta la postura de Conecel en relación con la denuncia de CNT, señalando: “...la denuncia es maliciosa y temeraria, como quedará evidenciado a lo largo de este documento y que solicita la autoridad competente proceda a archivarla, además indica que: “La CNT disimula en la denuncia que el comportamiento que imputa a Conecel como abusivo se habría producido en varios mercados geográficos de arrendamiento de inmuebles, ubicados en distintas zonas geográficas del Ecuador; en ningún de dichos mercados relevantes Conecel ostenta poder



alguno y más bien su participación resulta irrelevante. Esto de por sí impide encuadrar la conducta de Conecel en cualquiera de los supuestos que el Art. 9 de la Ley considera como de abuso de poder de mercado, pues no se puede abusar de lo que no se tiene..., además expresa que: "Lo que la CNT no dice es: a) Que el diseño de localización geográfica de una red de infraestructura es un asunto del intelecto, y que el efectuado por Conecel no tiene por qué ser necesariamente seguido (o copiado) por la CNT: Pero al margen de esa conducta imitativa, la CNT ladea pronunciarse sobre sí, en las mismas zonas geográficas aludidas en la denuncia existen o no más inmuebles en los que, actuando con un mínimo de diligencia, pudiera obtener que sus propietarios del Servicio Móvil Avanzado (SMA), incluyendo el servicio de voz mencionado en su denuncia". Finalmente manifiesta que "... los hechos denunciados no pueden generar responsabilidad de índole alguna para Conecel, por no ser su conducta ni típica, ni antijurídica, ni culpable, que son los elementos básicos de cualquier responsabilidad". d) Mediante providencia de 26 de diciembre de 2012, a las 16h21, la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas resuelve ordenar la apertura del expediente. e) Con fecha 28 de junio de 2013, se ha procedido a notificar tanto a CNT EP como a CONECEL S.A., con el Informe de Resultados dentro de la presente investigación, así como con la Formulación de Cargos presentados ambos por el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (E), Dr. Santiago Salinas Jaramillo (fs. 2552 a 2579), a fin de que presenten las excepciones que se crean asistidos. f) El Informe de Resultados en su parte de conclusiones señala: "...II. En consideración a la problemática denunciada, se definió como mercado «aguas arriba» a aquél que comprende i) el acceso a un inmueble donde se ha instalado infraestructura de telecomunicaciones –co-habitación-, o ii) el acceso a una infraestructura de telecomunicaciones –co-ubicación-; y como mercado «aguas abajo» el que comprende las prestaciones del SMA; específicamente el servicio de voz móvil tomando en cuenta que el 80% de los ingresos de los operadores del SMA está dado por este servicio. III. El análisis de las cuotas de mercado, barreras de entrada, los hechos constatados en este procedimiento de investigación, así como las resoluciones adoptadas por los organismos reguladores del sector de telecomunicaciones, sugieren que CONECEL S.A. habría mantenido desde el año 2010, su posición de operador dominante tanto en el mercado «aguas arriba» como en el mercado «aguas abajo». IV. El operador económico CONECEL S.A., como operador dominante desde el año 2010, habría mantenido e incorporado la cláusula de exclusividad citada supra en el 83% de los contratos de arrendamiento suscritos para instalación de

infraestructura de telecomunicaciones. V. En el mercado del 'Servicio Móvil Avanzado -SMA-', el operador económico CONECEL S.A. es el único – respecto a los otros dos operadores del SMA- que establece cláusulas de exclusividad en contratos de arrendamiento para la instalación de infraestructura de telecomunicaciones. VI. De la información aportada por la Superintendencia de Telecomunicaciones, se puede inferir que no existen argumentos técnicos que justifiquen el establecimiento de una cláusula de exclusividad. VII. Esta Autoridad constata que el establecimiento de una cláusula de exclusividad en contratos de arrendamiento de inmuebles para la instalación de infraestructura de telecomunicaciones, resulta injustificada en virtud de los siguientes hechos: a. El establecimiento de una cláusula de prevención de interferencia en los contratos de arrendamiento suscritos por CONECEL S.A., da cuenta que dicho operador reconoce tácitamente que los problemas de interferencia podrían no presentarse en los sitios donde se ha instalado infraestructura de telecomunicaciones. b. Los organismos de regulación y control contemplan la posibilidad de compartición de infraestructura física de telecomunicaciones, normada mediante el Reglamento de Acceso y Uso Compartido de Telecomunicaciones. c. CNT EP presentó información sobre casos donde dos operadores de telecomunicaciones han instalado infraestructura que cohabita en espacios físicos aledaños. d. CONECEL S.A. dentro de las explicaciones presentadas en este procedimiento de investigación, y la información de soporte de las mismas, no ha justificado hasta esta etapa procesal la motivación técnica de la inserción de la cláusula de exclusividad en sus contratos de arrendamiento de inmuebles. VIII. La co-habitación de infraestructura de varias operadoras de telecomunicaciones en un mismo inmueble no causaría pérdidas económicas para ninguna de ellas; por lo que dejar sin efecto jurídico la cláusula de exclusividad en los contratos de arrendamiento del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A no afectaría su situación económica financiera. IX. La posible afectación al mercado «aguas arriba» -o mercado «del acceso»- se derivaría de la imposición de barreras de entrada y por consiguiente el hecho de poner en desventaja a unos competidores frente a otros. X. La posible afectación al mercado «aguas abajo» -o mercado de prestación del SMA- se derivaría de la limitación a los usuarios a una mayor oferta y diversificación de bienes y servicios de telecomunicaciones. XI. De los hechos analizados y el análisis jurídico pertinente, se constata que CONECEL S.A. no habría incurrido en las conductas tipificadas en los numerales 7 y 11 del artículo 9 de la LORCPM. XII. De los hechos analizados y el análisis económico-técnico y jurídico pertinente, se establece que de forma clara, unívoca, y consistente, CONECEL S.A. desde el año 2010 hasta la actualidad



habría incurrido en las conductas establecidas en los numerales 1, 10, y 19 del artículo 9 de la LORCPM." g) Dentro de la Formulación de Cargos, presentada por la Intendencia respectiva, se imputa al Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, haber adecuado su conducta dentro de las prohibiciones señaladas en los numerales 1, 10 y 19 del Art. 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

CUARTO: ALEGACIONES.- 4.1. Alegaciones del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL a) **Dentro de la etapa de investigación en la Intendencia.-** Mediante comunicación presentada el 19 de julio de 2013, Teodoro Maldonado Guevara, en calidad de Procurador Judicial de CONECEL S.A. da contestación y deduce excepciones de conformidad con lo señalado en los Arts. 58 de la Ley y 68 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, expresando: i. Que no existe tipicidad sobre los hechos materia de la denuncia; ii. Que la investigación versa sobre la existencia de una cláusula de exclusividad en los contratos de arriendo de inmuebles que suscribe CONECEL, para el despliegue de red y no de compartición de infraestructura, de donde el mercado relevante es "...al menos el servicio de arrendamiento de bienes inmuebles..."; iii. Que al no tratarse de co-ubicación o compartición de infraestructura, ni de co-habitación de la misma, sino de arrendamiento de inmuebles, estos bienes son sustituibles, es más, señala que la Intendencia "...no se refiere a ninguna investigación económica ni estudios de grado de sustituibilidad del bien analizado...", demostrando con ello, dice CONECEL, "...la disponibilidad/elasticidad de bienes inmuebles en una zona geográfica específica con la capacidad para poder conseguir el objeto señalado..."; iv. Que existe una amplia variedad de bienes inmuebles a nivel nacional, que resultan "idóneos" para la instalación de la red HSPA+, sin que sea necesario o indispensable hacerlo en los sitios donde tiene instalada la infraestructura inicial CONECEL, debiendo todos estos sitios ser parte del mercado relevante, concluyendo que la definición adoptada por la Intendencia sobre el mercado relevante es errónea; v. Que al haberse identificado de manera errada un mercado relevante distinto, el cual debe ser "...el de arrendamiento de bienes inmuebles para la instalación de red en una determinada zona geográfica o el mercado de inmuebles disponibles para arriendo por parte de operadores de telecomunicaciones...", la participación de la compañía CONECEL S.A. como oferente es nula, por lo que no ostenta poder de mercado en el mercado relevante inmobiliario o de arrendamiento de inmuebles, al existir una oferta amplia y variada de bienes sustitutos, unido a la pulverización de los agentes económicos oferentes lo que impide que ningún agente económico

demandante u oferente, pueda ostentar poder de mercado, siendo un demandante más en el amplio mercado inmobiliario; vi. Que la Intendencia, no realiza un análisis completo de los criterios determinados en el Art. 8 de la LORCPM, dado que, como ya se dijo, analiza un mercado distinto, en el cual CONECEL no tiene participación económica significativa ni como demandante, ni como oferente; vii. Considera la no existencia de barreras de entrada, ni de restricciones que limiten la sustitución de bienes inmuebles, es más existen según reportes técnicos diversas alternativas viables en las diferentes zonas geográficas, no habiendo demostrado la denunciante CNT EP que ha realizado un análisis técnico y comercial que permita concluir que solamente en los predios donde se encontraban instalaciones de CONECEL, es posible colocar su infraestructura; al ser el mercado de arrendamiento de bienes inmuebles amplio, que en un conjunto pulverizado de demandantes y oferentes, nadie puede ostentar una posición dominante de poder de mercado; viii. Que en la medida que exista mayor grado de sustituibilidad entre los bienes del mercado relevante, menor será la capacidad de que algún operador económico pueda ostentar poder de mercado; ix. Que el mercado relevante de inmuebles en arrendamiento no se encuentra integrado verticalmente con el mercado de telecomunicaciones, para que puedan ser catalogados como mercados el uno aguas arriba y el otro mercado aguas abajo, ya que CONECEL no distribuye ni comercializa inmuebles para la instalación de infraestructura de red para el servicio de telecomunicaciones, unido a que los inmuebles no constituyen una facilidad o recurso esencial para los operadores según las normas de telecomunicaciones; x. Que con la existencia de las cláusulas de exclusividad, no existe restricción a la libre competencia, dado que en el mercado de bienes inmuebles en arrendamiento, CONECEL no puede impedir el acceso de CNT EP a inmuebles alternativos, que le permitan llevar a cabo su expansión de red; xi. Que no se configura el elemento de la tipicidad, por cuanto CONECEL no cuenta con poder de mercado dentro del mercado relevante de los bienes inmuebles en arriendo, dado que existen un sin número de bienes inmuebles en arrendamiento sustituibles; tampoco existe antijuridicidad, al no haber afectado indebidamente la competencia; y, finalmente carencia de elemento de culpabilidad, por cuanto no existe la intención de CONECEL de eliminar la posibilidad de acceso a CNT EP, a otros inmuebles sustitutos y que esta pueda realizar la expansión de su red.

b) Dentro de la etapa de sustanciación en la Comisión.- Con comunicación GR-1486-2013 de 21 de noviembre de 2013, Virginia Nakagawa, en calidad de Apoderada Especial de CONECEL S.A., señala: i. Se han configurado violaciones de las garantías constitucionales del debido proceso, por haberse declarado terminado



anticipadamente el término de prueba, por haberse provocado indefensión al existir una negativa injustificada a tramitar pruebas oportunamente solicitadas, y, que a su decir son pertinentes; ii. Respecto al Informe Final, señala que existe falta de motivación del mismo; que la Intendencia de Investigación omite analizar la información técnica entregada por CONECEL, que demuestra la sustituibilidad de los bienes, tomando en cuenta que los objetivos, tecnología y frecuencias asignadas a CNT EP son diferentes a los de CONECEL; que la Intendencia, para calificar a CONECEL como operador dominante, lo hace en referencia a una calificación del año 2010 realizada por Consejo Nacional de Telecomunicaciones CONATEL, el cual estaba dada únicamente para el mercado relevante de voz móvil-móvil, y que al entrar en vigencia el 13 de octubre de 2011, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se retiró toda atribución a CONATEL para dicho efecto, y que temporalmente tal declaratoria habría quedado insubsistente; que considera inadecuado sancionar a un operador económico porque "no se puede descartar" la supuesta afectación; iii. Considera que existe falta de los requisitos y elementos propios para la imposición de una sanción penal o administrativa, esto es no existe tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta investigada, ya que al no ostentar poder en el mercado de bienes inmuebles para arrendamiento, no pudo haber abusado de este supuesto poder, al no tenerlo, en el mercado relevante inmobiliario con la estipulación de cláusulas de exclusividad, lo que demuestra una errada determinación del mercado relevante, que dichas cláusulas de exclusividad hayan impedido, falseado o distorsionado la competencia, y mucho menos hayan afectado negativamente la eficiencia económica o el bienestar general; iv. No se ha demostrado la existencia de barreras que impidan a CNT EP participar en el mercado; v. Que la inclusión de las cláusulas de exclusividad no ha tenido como intención ni como consecuencia el limitar la competencia y dificultar el acceso de sus competidores, que el texto de dichas cláusulas ha sido práctica incluirlas antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y que tales cláusulas no las ejerce y que no tiene intención de ejercerlas; vi. Que el mercado de prestación del servicio móvil avanzado no forma parte del mercado relevante en que se desarrolló la investigación de la supuesta conducta analizada y que la declaratoria de CONATEL sobre operador dominante en el mercado de voz móvil-móvil, surtió efectos únicamente durante el año 2010, y que dejó de tener vigencia y consecuencias legales.

4.2. Alegaciones de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP: a) Dentro de la etapa de sustanciación en la Comisión.- Álvaro

[Handwritten signature]

Mosquera Rodríguez, en calidad de abogado patrocinador de la empresa pública CNT EP, señala: i. Que como antecedentes de la denuncia, se encuentra el oficio No. 20120495 de 9 de mayo de 2012, en que se informa a la Superintendencia de Telecomunicaciones –SUPERTEL- de inconvenientes encontrados en ciertos terrenos a nivel nacional, donde es idóneo efectuar la instalación de infraestructura necesaria para realizar el despliegue de la nueva tecnología red HSPA+ de CNT EP; ii. Que dichos inconvenientes tienen que ver con la limitación de los propietarios de predios que tienen suscritos contratos de arrendamiento con CONECEL, en que se estipula una cláusula de exclusividad, por la cual se obligan a no conceder uso, goce, aprovechamiento o explotación bajo ningún título legal a otras empresas que se dediquen a las telecomunicaciones en cualquiera de sus ramas de espacio alguno en el inmueble, en razón de que esto podría ocasionar interferencia, mal funcionamiento, o poner en riesgo los equipos instalados, y que en caso de incumplimiento deberán pagar una pena equivalente al 40% del valor total de la renta mensual, durante el plazo de duración del contrato; iii. Que CNT EP ha realizado todas las acciones necesarias para poder solucionar el inconveniente, sin embargo de lo cual CONECEL ha expresado su negativa; iv. Que la conducta producida y verificada por CONECEL atenta contra claras disposiciones de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, al ser operador dominante e incorporar en sus contratos de arrendamiento cláusulas de exclusividad, lo que produce abuso de poder de mercado, impidiendo la competencia en igualdad de condiciones entre otras operadoras; v. Que estas cláusulas afectan el mercado puesto que colocan barreras que impiden la competencia libre y en igualdad de condiciones del servicio de telecomunicaciones, que forma parte de los sectores estratégicos del Estado; vi. Que durante el proceso de investigación CONECEL ha tenido una actitud maliciosa y temeraria, buscando dilatar y retardar indebidamente los términos procesales; vii. Que CONECEL en el curso de la investigación, nunca justificó con argumentos técnicos la necesidad o pertinencia de la cláusula de exclusividad en los contratos; viii. Que el abuso de poder de mercado de CONECEL al incorporar cláusulas de exclusividad, impide que CNT EP, pueda prestar servicios estratégicos de telecomunicaciones a la comunidad, realice proyectos de crecimiento operacional, instalación de infraestructura y mejoramiento de la red, en especial de la nueva red móvil HSPA+ a nivel nacional.

QUINTO: PRUEBA.- La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante providencia de 22 de julio de 2013, ordenó la apertura del término de prueba de conformidad con el



Art. 59 de la Ley, en concordancia con el Art. 69 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, dentro de dicho término ha dispuesto la práctica e incorporación de varias actuaciones, las mismas que se encuentran debidamente contenidas en el Informe Final, así como en el Informe Complementario; entre las pruebas que esta Comisión considera relevantes señala las siguientes: 1. Reproducir los mil quinientos quince contratos, dentro de los cuales consta la cláusula de exclusividad (consta en carpetas declaradas confidenciales) que fueran presentada por CONECEL (fs. 709 a 710) y de la comunicación DJYR-1672-2012 (fs. 86 a 153); 2. Reproducir el oficio No. ITC-2013-1628 de 13 de junio de 2012 de la Superintendencia de Telecomunicaciones, suscrito por el Ing. Claudio Rosas Castro, Intendente Nacional de Control Técnico de la SUPERTEL (fs. 18 a 19); 3. Reproducir el oficio No. 20121151 de 28 de septiembre de 2012 de CNT EP, suscrito por César Regalado Iglesias, Gerente General de CNT EP (fs. 20); 4. Reproducir el oficio, fechado 17 de octubre de 2012, suscrito por Teodoro Maldonado Guevara, Director Jurídico y Regulatorio de CONECEL (fs. 21); 5. Reproducir el oficio SNT-2012-1606 de 28 de diciembre de 2012, suscrito por el Ing. Gonzalo Carvajal Villamar, Secretario Nacional de Telecomunicaciones S (fs. 225 a 229); 6. Reproducir el oficio ITC-2013-0938 de 31 de enero de 2013, suscrito por el Ing. Claudio Rosas Castro, Intendente Nacional de Control Técnico de la SUPERTEL (fs. 699 a 705); 7. Reproducir oficio ITC-2013-2279 de 29 de abril de 2013, suscrito por el Ing. Julio César Hidalgo, Intendente Nacional de Control Técnico (S) de la SUPERTEL (fs. 2396 a 2401); 8. Reproducir el oficio No. 20120495 de 9 de mayo de 2012, suscrito por César Regalado Iglesias, Gerente General de CNT EP (fs. 10 a 17); 9. Reproducir el oficio No. ITC-2012-1628 de 13 de junio de 2012, suscrito por el Ing. Claudio Rosas Castro, Intendente Nacional de Control Técnico de la CNT EP (fs. 42 y vta.); 10. Reproducir el oficio No. GNRI-GREG-05-2216-2012 de 19 de diciembre de 2012, suscrito por el Abg. Álvaro Mosquera, Gerente de Asuntos Regulatorios de la CNT EP (fs. 154 a 213); 11. Reproducir el Informe de Resultados emitido por la Intendencia y notificado a las partes el 26 de junio de 2013 (fs. 2552 a 2568); 12. Incorporar y tomar en cuenta el anexo II, del escrito presentado por CONECEL el 15 de octubre de 2013, relativo al numeral 3.1.2., que contiene el informe denominado "Procedimiento para la Definición de una Zona de Búsqueda para la Instalación de Radio Bases Celulares", suscrita por Dr. Gonzalo Olmedo Cifuentes, Director del DEEE Universidad de las Fuerzas Armadas, Ing. Carlos Romero Gallardo, Docente DEEE Perito en Telecomunicaciones, e Ing. Fabián Sáenz Enderica, Docente DEEE / CVC

504

Perito en Telecomunicaciones. (fs. 2709 a 2748), así como del anexo III (fs. 2750 a 2805), anexo IV (fs. 2766 a 2805) y anexo V (fs. 2806 a 2814).

SEXTO: VALORACION DE LA PRUEBA.- De conformidad con el inciso tercero de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que remite en lo no previsto a lo dispuesto entre otros al Código de Procedimiento Civil, y en concordancia con el inciso tercero del Art. 71 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta autoridad procede a valorar la prueba pedida, presentada y practicada, de acuerdo con la ley, en su conjunto, conforme las reglas de la sana crítica.

6.1. Sobre la existencia de la cláusula de exclusividad.- Se ha dispuesto por parte de la Intendencia, reproducir los mil quinientos quince contratos, dentro de los cuales consta la cláusula de exclusividad (consta en carpetas declaradas confidenciales) que fueran presentada por CONECEL (fs. 709 a 710) y de la comunicación DJYR-1672-2012 (fs. 86 a 153), que contienen la cláusula de exclusividad; del expediente, declarado no confidencial, consta que mediante comunicación DJYR-1673-2012, fechada Guayaquil, 20 de diciembre de 2012, y recibida el 21 del mismo mes, Teodoro Maldonado Guevara, Procurador Judicial, Director Jurídico Regulatorio de CONECEL, solicita se extienda el plazo para la entrega de los referidos contratos de arrendamiento (fs. 86 a 87), hecho que se verifica, en comunicación entregada a la Intendencia de 4 de febrero de 2013, a las 11:06, con anexos, suscrita por María del Carmen Burgos, en calidad de abogada autorizada por Teodoro Maldonado Guevara (fs. 709 a 802); constan a fojas 876 a 912 vuelta, copias debidamente certificadas de varios contratos de arrendamiento suscritos por el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, debidamente representado, en calidad de arrendataria, en el que consta la cláusula *"...EXCLUSIVIDAD.- LA ARRENDADORA se compromete a no conceder el uso, goce, 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 total de la renta mensual por el plazo de duración del contrato.-..."*; de otro lado el operador económico denunciado CONECEL, en varias comunicaciones, así como en los alegatos presentados tanto al interior de la Intendencia de



522

Investigación, como de esta Comisión, no niega la existencia de las cláusulas, al indicar que la intención de CONECEL al suscribir cláusulas de exclusividad no ha sido eliminar la posibilidad de acceso a otros inmuebles ubicados en la misma zona geográficamente que aquellos requeridos por CNT EP. De otro lado la Intendencia de Investigación de Abuso de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en su Informe Final, realiza un detallado y prolijo análisis sobre los contratos de arrendamiento suscritos por el operador económico CONECEL S.A., que constan en los numerales 108, 109, 110, 111, 112, 113 y 114, los mismos que esta Comisión los tienen como debidamente presentados y probados, por lo que es incontrovertible la existencia de la cláusula de exclusividad.

6.2. Justificación sobre la necesidad de incorporar la cláusula de exclusividad por razones técnicas.- Dentro de la etapa probatoria, se ha dispuesto reproducir el oficio ITC-2013-0938 de 31 de enero de 2013, suscrito por el Ing. Claudio Rosas Castro, Intendente Nacional de Control Técnico de la SUPERTEL (fs. 699 a 705), así como el oficio ITC-2013-2279 de 29 de abril de 2013, suscrito por el Ing. Julio Cesar Hidalgo, Intendente Nacional de Control Técnico (S) de la SUPERTEL (fs. 2396 a 2401), dichos informes técnicos presentados por el órgano de control, Superintendencia de Telecomunicaciones, suscritos por el Intendente Nacional de Control Técnico, actuante en su momento, que no han sido controvertidos dentro de la investigación, señalan claramente en la parte pertinente del oficio ITC-2013-0938 de 31 de enero de 2013 (fs. 699 a 705): *"No, no existe ningún parámetro técnico que señale la distancia mínima de separación entre dos o más infraestructuras, de hecho, existen radiobases adyacentes en unos casos y en otros co-ubicadas que hacen uso de una misma infraestructura, como puede ser una torre auto soportada, por otro lado, el tema de que existan interferencias es poco probable, ya que a cada operadora se le ha asignado un rango de frecuencias para la prestación del SMA, el cual es diferente en cada uno de los casos. Por otro lado, respecto al mal funcionamiento o riesgo de los equipos instalados, éste no obedecería a que exista algún parámetro técnico de distancia mínima de separación entre infraestructuras, sino más bien a que, por ejemplo los equipos de telecomunicaciones compartan equipos de fuerza como pueden ser generadores, rectificadores o banco de baterías, ya que estos equipos están diseñados para una cierta carga"* (fs. 700); agregando que: *"Respecto a las condiciones técnicas que deben tener los lugares donde se instala la infraestructura, se debe señalar que el proceso como tal, se da al interno de los departamentos técnicos de las operadoras del SMA, que normalmente inicia con el denominado "site survey", que*

523

consiste en el levantamiento de las condiciones actuales de un posible sitio candidato, el cual puede ser un terreno, edificio, casa, etc., en convertirse en un sitio en el cual se instale una radio base... Por lo tanto no solo es un tema de cobertura, pues puede darse que, incrementando radio bases no se incrementa cobertura sino que, simplemente se implemente se incrementa la capacidad de tráfico telefónico celular que se puede cursar en un área determinada, a consecuencia del incremento de usuarios en dicha área" (fs. 701); de otro lado el oficio ITC-2013-2279 de 29 de abril de 2013, suscrito por el Ing. Julio Cesar Hidalgo, Intendente Nacional de Control Técnico (S) de la SUPERTEL (fs. 2361 a 2364 y 2396 a 2401), se remite al oficio ITC-2013-02167, de 18 de abril de 2013, que lo presenta como documento anexo, el mismo que señala: "Respecto de interferencias, es poco probable, ya que a cada operadora se le ha asignado un rango de frecuencias para la prestación del SMA, el cual es diferente en cada uno de los casos, es así que dentro del rango de frecuencias otorgado a las operadoras del SMA, dicha asignación se la ha realizado en lo que se denomina bandas de 850 MHz y 1900 MHz, adicionalmente existe una distancia de guarda entre las frecuencias asignadas a una operadora respecto de otra, conforme lo siguiente (color rojo corresponde a CONECEL S.A., color azul corresponde a OTECEL S.A. y color naranja corresponde a CNT EP)", documento original que consta a fojas 11332 a 11333; de lo transcrito anteriormente y en tanto que la denunciada CONECEL S.A., no ha probado dentro del expediente en sus diferentes momentos, la existencia de una razón o justificación técnica y científica sobre los supuestos problemas de interferencia, mal funcionamiento o puesta en riesgo de sus equipos, ya que de otro lado alega que la Intendencia, no ha tomado en cuenta que los objetivos, tecnología y frecuencias asignadas a CNT EP son diferentes a los de CONECEL, situación que no es materia de investigación. Por lo expuesto, no se encuentra probado la necesidad técnica de la cláusula de exclusividad, so pretexto de evitar riesgo, funcionamiento inadecuado, y en definitiva interferencia en la frecuencia y equipos que son utilizados por CONECEL.

6.3. Sobre la instalación de radiobases.- CONECEL, dentro de la etapa de prueba adjunto como anexo II el documento intitulado "Procedimiento para la Definición de una Zona de Búsqueda para la Instalación de Radio Bases Celulares", suscrita por Dr. Gonzalo Olmedo Cifuentes, Director del DEEE Universidad de las Fuerzas Armadas, Ing. Carlos Romero Gallardo, Docente DEEE Perito en Telecomunicaciones, e Ing. Fabián Sáenz Enderica, Docente DEEE / CVC Perito en Telecomunicaciones. (fs. 2709 a 2748), informe que da cuenta del procedimiento técnico que debe observarse para la búsqueda y



posterior ubicación de los mejores sitios donde deben ser colocada la infraestructura de radiobases, específicamente para el sector del mercado de las telecomunicaciones, señalando la posibilidad o no de existencia de lugares sustitutos, este informe da cuenta en el punto 4, una propuesta para que las empresas y operadores cuenten con un protocolo para la búsqueda e instalación de las radio bases, información que si bien da cuenta de un estudio profunda y una propuesta interesante, no es menos cierto que es ajeno a la investigación planteada, ya que no se encuentra en discusión la existencia o no de bienes inmuebles sustituibles, que a criterio del operador económico investigado, da cuenta del mercado relevante al cual considera se circunscribe la investigación, que a su decir, es el "mercado relevante de los bienes inmuebles en arrendamiento", cuando el mercado relevante materia de investigación, corresponde al de "telecomunicaciones", que se evidencia tanto aguas arriba como aguas abajo, siendo en tal sentido impertinente practicada al asunto materia de controversia, por lo que se la desestima.

SEPTIMO: LEGISLACIÓN APLICABLE.- Dentro del presente expediente de investigación, se vinculan directamente las siguientes normas de derecho positivo:

7.1. Constitución de la República del Ecuador.- El Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador, numerales 15, 25 y 26, garantizan el derecho a desarrollar actividades económicas conforme los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental; el derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia eficacia y buen trato; el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental; Art. 304 numeral 6, establece que la política comercial tendrá como objetivo evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado; y, Art. 335 impone al Estado las obligaciones de regular, controlar e intervenir, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas, definir una política de precios orientada a proteger la producción nacional y establecer los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio u oligopolio privado o de abuso de posición de dominio en el mercado, así como otras prácticas de competencia desleal; y Art. 366, que establece el deber del Estado de impulsar y velar por un comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, promoviendo la reducción de las distorsiones de la intermediación y promoción de su sustentabilidad, asegurando de esta manera la transparencia y eficiencia de mercado fomentando la competencia e igualdad de condiciones y oportunidad.

503

7.2. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.- El Art. 1 de la LORCPM, señala: 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 Art. 2 de la LORGCP, dice: Están sometidos todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional. Art. 4: Los lineamientos que se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia son: el reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico; y la defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular. Art. 7: El poder de mercado, es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen este poder los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado. Art. 9: El Abuso de Poder de Mercado, constituye infracción a la competencia cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general: "1.- Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia. 7.- La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación de desventaja frente a otros. 10.- La incitación, persuasión o coacción a terceros a no aceptar, limitar o impedir la compra, venta, movilización o entrega de bienes o la prestación de servicios a otros. 11.- La fijación, imposición, limitación o establecimiento injustificado de condiciones para la compra, venta y distribución exclusiva de bienes o servicios. 19.- Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados." DISPOSICION GENERAL QUINTA.- ADECUACIÓN.- Los operadores económicos adecuarán su comportamiento, operaciones, contratos y en general todas sus actividades económicas a régimen previsto en esta ley de manera inmediata.



7.3. Reglamento de Aplicación a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.- Art. 1: El objeto del reglamento es establecer las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Art. 6: Las conductas de abuso de poder de mercado tipificadas en los artículos 9 y 10 de la Ley no serán susceptibles de exoneración alguna, la acción de Estado, de conformidad con el artículo 28 y siguientes de la Ley, se sustentará en el interés público y el buen vivir.

OCTAVO: FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

8.1. SOBRE EL MERCADO RELEVANTE.- Uno de los aspectos claves para tratar el presente caso, está relacionado con la identificación del mercado relevante. La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado manifiesta que para determinar el mercado relevante, es necesario reconocer, en un primer momento, el mercado de producto o servicio de la materia investigada. En el presente caso, la empresa CONECEL S.A. en sus alegatos ha sostenido que existe una confusión entre el arriendo de inmuebles para la instalación y despliegue de redes de telecomunicaciones y la compartición de infraestructura entre operadores de telecomunicaciones, y, señala que el mercado relevante es el mercado de arriendo de inmuebles para telecomunicaciones en determinadas zonas geográficas del territorio ecuatoriano, su tesis la sostiene, argumentando que el servicio relevante es el arrendamiento de inmuebles para telecomunicaciones y no así la compartición de infraestructura; por lo tanto la demanda de servicios de CNT EP no debe estar dirigida a CONECEL S.A., sino a los agentes económicos dueños de los inmuebles, concluyéndose que el mercado relevante es el de servicios de arrendamiento de bienes inmuebles. Este mercado, en consecuencia, es un mercado "pulverizado"; es decir, se encuentra disperso en todo el territorio ecuatoriano, en consecuencia la cláusula de exclusividad establecida en los contratos de arrendamiento, no tienen el efecto de vulnerar el mercado del arrendamiento de inmuebles ya que existen sustitutos para su instalación. Considera CONECEL S.A. que este, el de arrendamiento de inmuebles, es el mercado relevante, siendo necesario identificar cuáles son los sustitutos dentro de este mercado relevante. La oferta de la tierra permite que se identifiquen otros lotes de terreno, casas, edificios u azoteas, que bien pueden ser utilizados por CNT EP en el despliegue de su red de comunicaciones según diferentes informes técnicos y alegaciones agregadas al proceso por CONECEL S.A. De otra parte, CONECEL S.A. manifiesta que los costos de sustitución son marginales o inexistentes ya que técnicamente pueden instalarse en cualquier otro inmueble sustituto. Respecto al mercado

57 2/2



geográfico, CONECEL S.A. manifiesta que dada la amplia oferta de inmuebles dentro de las distintas zonas geográficas, tendrían iguales o similares alcances en términos de cobertura, arguyendo que la localización geográfica de una red es un asunto técnico y de intelecto; y, que el que ha desarrollado CONECEL S.A., no tiene por qué ser seguido o copiado. Respecto de las características particulares de vendedores y compradores manifiesta que para este mercado, el tamaño de los operadores no tiene por qué influir en las negociaciones respecto del arrendamiento de los bienes inmuebles necesarios para la instalación de sus redes. Respecto de los mercados “aguas arriba” y mercados “aguas abajo” CONECEL S.A., expresa que estos aspectos de análisis son ajenos a la realidad de la situación de la demanda, ya que no concuerda con el mercado relevante de alquiler de inmuebles. Por su lado, la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (IIAPMAPR), en adelante la Intendencia, manifiesta que el mercado relevante para el caso investigado es el “mercado de las telecomunicaciones” más no el del “arrendamiento de inmuebles”. Subdivide el mercado relevante mencionado en el mercado “aguas arriba” como la prestación del servicio móvil avanzado SMA que comprende las prestaciones ofrecidas por un operador de telecomunicaciones a otro operador, como son el acceso a un inmueble donde se ha instalado infraestructura de telecomunicaciones “co-habitación” o el acceso a dicha infraestructura, “co-ubicación”; y el mercado “aguas abajo” de la prestación del servicio móvil avanzado, correspondiente a las prestaciones de un operador de telecomunicaciones a los usuarios o consumidores finales, como la prestación del servicio de voz móvil. Para el mercado “aguas arriba”, la prestación del servicio móvil avanzado, la Intendencia, cita a la Comisión Europea (Comunicación de la Comisión 2009/C 45/02, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea del 24 de febrero de 2009), cuando ésta considera que para apreciar el carácter abusivo de una negativa de acceso, es conveniente identificar un **mercado potencial, incluso hipotético** constituido por productos o servicios indispensables para ejercer una actividad determinada. En el presente caso investigado, se constata que en el mercado aguas arriba CNT EP, quería acceder a ciertos inmuebles donde está instalada la infraestructura de CONECEL S.A., para expandir su actividad aguas abajo de la prestación del servicio móvil avanzado. En consecuencia, la Intendencia considera que las cláusulas de exclusividad y de prevención que CONECEL S.A. ha incorporado en sus contratos de arrendamiento, constituyen la evidencia de que en el mercado “aguas arriba” CONECEL se reserva el derecho de negar o dar acceso a otros operadores de telecomunicaciones que tengan la intención de usar, gozar, aprovechar o



quinto punto
555

explotar el espacio de los inmuebles arrendados. Para el mercado aguas abajo, la Intendencia considera los servicios afectados corresponden a voz móvil, la transmisión de datos SMS, MMS e Internet, siendo el más representativo el servicio de voz móvil, de alcance nacional. A efectos de resolver, es necesario determinar cuál es el mercado relevante en el presente caso, el Art. 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, manifiesta que *"...la Superintendencia de Control del poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará al menos, el mercado de producto o servicio, el mercado geográfico, las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado."*- *"El mercado del producto o servicio, comprende al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos."* Para identificar el mercado del producto, primero examinemos que se entiende por producto. Producto es el resultado de un proceso previamente estudiado, diseñado, desarrollado, e implementado para brindar solución a alguna necesidad humana; por su naturaleza, los productos pueden ser tangibles, como lo son los bienes, o intangibles, como lo son los servicios. Para identificar el mercado del producto revisemos cuál mercado es principal respecto de otro u otros, que resultan ser accesorios al principal. Por definición todo producto puede ser principal y otros accesorios de conformidad con la situación y condiciones en la que sea analizado, de este modo, observemos como el mercado de los inmuebles en arriendo se relacionan con el mercado del producto servicio de telecomunicaciones. Para que exista el servicio en telecomunicaciones, como cualquier otro producto, es necesario que el servicio pase por un proceso técnico y sistemático que permita su obtención y, del mismo modo, para que opere el proceso es menester que concurren medios, recursos o insumos que entren al procesos productivo del producto de servicios en telecomunicaciones, entre otros medios y recursos se encuentran las radio bases que por su naturaleza deben estar anclados a bienes inmuebles, sea en edificios o casas en las ciudades o sea en terrenos adecuados en las zonas no habitadas, y que permita al operador desplegar su red de servicios al mercado aguas abajo. **En la especie, se considera el mercado del servicio de telecomunicaciones tanto aguas arriba como aguas abajo como mercado del producto en el presente caso; y no al mercado de arriendo de bienes inmuebles para operadores en telecomunicaciones** (lo resaltado nos corresponde). Considerándose al mercado de inmuebles como un mercado de medios y recursos que requieren los servicios en telecomunicaciones, **siendo éste el mercado de telecomunicaciones, el mercado del producto, materia de análisis para la presente Resolución.**

555

Todo mercado relevante por naturaleza tiene incidencia aguas arriba respecto de los otros competidores y el acceso a recursos y medios que les permitan operar y, lógicamente, también aguas abajo, respecto de los usuarios y consumidores de los productos del mercado relevante. De esta manera la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, determina que el mercado del producto es el mercado del servicio de telecomunicaciones, negando lo que CONECEL S.A. ha sostenido respecto de que el mercado relevante es el mercado de arriendo de bienes inmuebles para operadores en telecomunicaciones.

El mercado de las telecomunicaciones es un mercado muy dinámico que en cada vez menos tiempo van incorporando productos especializados que determinan la obsolescencia de otros, dado el importante, progresivo y constante incremento tecnológico de este mercado especializado, tales como la sustitución del telégrafo por el télex, la telefonía fija por la celular, entre otros; de ahí la importancia de que exista la garantía de acceso a medios adecuados para que los diferentes operadores económicos en telecomunicaciones puedan competir en condiciones de igualdad, cualquier ventaja, por pequeña que parezca, al final puede constituirse en la diferencia entre ganar un mercado o perderlo. De ahí la importancia que ha esta institución se le ha dado a la presente causa. El mercado geográfico del servicio de telecomunicaciones es de dimensión nacional, es decir, que éste se encuentra extendido por todo el territorio del Ecuador. Por un lado, aguas arriba, se encuentra con infraestructura instalada en todo el país; y, por el otro, aguas abajo, prácticamente toda la población ecuatoriana es usuaria de estos servicios. Por la importancia que esto reviste, el Estado Ecuatoriano ha otorgado contratos de concesión para explotar estos servicios y es menester garantizar las reglas de la competencia dentro de este sensible sector de la economía, que nuestra Constitución lo considera dentro de los sectores estratégicos de conformidad con el Art. 313.

Identificados los componentes del mercado del producto de telecomunicaciones, se ha de identificar el mercado relevante dentro del mismo, este es el mercado de voz y datos como el más avanzado de este producto, dada la alta demanda que este servicio tiene en el conjunto de la sociedad. La cláusula de exclusividad que CONECEL S.A. suscribe en sus contratos de arrendamiento nos da los indicios para visualizar su alcance: *"La arrendadora se compromete a no conceder el uso, goce, aprovechamiento o explotación, bajo ningún título legal, a otras empresas que se dediquen a las telecomunicaciones en cualquiera de sus ramas, de espacio alguno*



quinto artículo 313
556

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 deberán pagar a la ARRENDATARIA una pena convencional equivalente al 40% (cuarenta por ciento) del valor total de la renta mensual por el plazo de duración del contrato." Examinemos las consecuencias del alcance de esta cláusula de exclusividad, La cláusula de exclusividad, a más de constituirse en una típica cláusula leonina o desproporcionada, genera barreras de entrada a otros competidores de telecomunicaciones, en beneficio de CONECEL S.A., en sus mercados actuales, prueba de ello es la denuncia de CNT EP por la imposibilidad de acceder a instalar su infraestructura en ciertos lugares de la República, pero, como daño potencial también son los operadores de otros productos tales como video, facsímil, datos, etc., habida cuenta que la tendencia actual es la de ir integrando paquetes de productos que se ofertan a la población, por lo que resulta teórico determinar con claridad que una cláusula de esta naturaleza impacta sobre uno u otro mercado especializado.

La cláusula de marras excluye taxativamente a otras empresas que se dediquen a las telecomunicaciones en cualquiera de sus ramas, y no sólo a aquellos que se dedican a los servicios de telefonía móvil avanzada. El daño no es puntual y actual, es más bien, general y potencial. Por los argumentos expuestos anteriormente el mercado relevante sobre el cual se debe analizar la conducta del operador investigado CONECEL S.A., en la presente causa es el **mercado del servicio de las telecomunicaciones**. (lo resaltado nos pertenece)

8.2. SOBRE EL PODER DEL MERCADO.- Identificado el mercado relevante como el mercado del servicio de telecomunicaciones, es menester identificar que operador u operadores tienen posición de dominio sobre ese mercado. El Art. 7 de la LORCPM, manifiesta que se entiende como poder de mercado la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado. Por su parte el Art. 8 del mismo cuerpo legal, manifiesta que para determinar que un operador económico tiene poder de mercado en un mercado relevante debe considerarse entre otros, uno o varios de los siguientes criterios: "a) Su participación en ese mercado, de forma

37 B

directa o a través de personas naturales o jurídicas vinculadas, y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder.

b) La existencia de barreras a la entrada y salida, de tipo legal, contractual, económico o estratégico; y, los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores.

c. La existencia de competidores, clientes o proveedores y su respectiva capacidad de ejercer poder de mercado.

d) Las posibilidades de acceso del operador económico y sus competidores a las fuentes de insumos, información, redes de distribución, crédito o tecnología.

e) Su comportamiento reciente.

f) La disputabilidad del mercado.

g) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios; y, h) El grado en que el bien o el servicio de que se trate sea sustituible, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas y el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución".

Respecto al poder de mercado, CONECEL S.A., es concordante con su tesis manifestada en el acápite relacionado con el "Mercado Relevante" en cuyo manifiesto sostiene que el mercado relevante era el mercado de arriendo de inmuebles para telecomunicaciones, por tal, la empresa no tiene poder de mercado en este, ya que es pulverizado, y que no tiene capacidad para fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abastecimiento en el mercado inmobiliario. Respecto a las barreras de entrada, CONECEL S.A. manifiesta que como la oferta de inmuebles es tan amplia, en el mercado que CONECEL S.A. identifica como mercado relevante, es difícil poder demostrar desde el punto de vista económico y de competencia la existencia de barreras de entrada. El diseño de la red y la ubicación de las radiobases, necesarias para la implementación y expansión de infraestructura de un operador de telecomunicaciones, constituye una labor individual y particular de cada uno de estos. Este proceso inicia con la determinación de las zonas de cobertura que se requieren para atender las necesidades de voz y datos de los usuarios; luego visitan a los inmuebles con alternativas viables para cumplir esas necesidades, se entrevistan con los propietarios interesados en arrendar, se negocia con los propietarios, se contrata y luego se instalan los equipos, en consecuencia, manifiesta CONECEL S.A., que la localización de terrenos no es una barrera de entrada. El Informe Final de la Intendencia evidencia que CONECEL S.A. cuenta con una participación aproximada del 60% de participación en el mercado aguas arriba en lo que se refiere a la instalación de radiobases y la posibilidad de instalar de manera co-habitadas y co-ubicadas por parte de otros operadores de telecomunicaciones.



Potencialmente otros operadores de cualquier rama de telecomunicaciones podrían demandar en el futuro el acceso para co-ubicar o co-habitar en un importante número dentro de los inmuebles arrendados por CONECEL S.A. En relación al mercado de telecomunicaciones aguas abajo, al menos en el servicio voz móvil tiene una participación del 69% en promedio de los años 2010, 2011 y 2012 respecto de las líneas activas. En consecuencia CONECEL S.A. es operador dominante en los mercados aguas arriba y aguas abajo del servicio de telecomunicaciones. CONECEL S.A., tiene la capacidad para fijar precios, al contar con la red más grande instalada a nivel nacional, tiene altísimas probabilidades que las llamadas originadas en su red terminen dentro de su misma red, lo que recude costos de operación; en consecuencia, tiene la capacidad de bajar precios de forma unilateral. Por haber llegado primero a los diferentes sitios en los que ha desplegado su red, tiene la capacidad de crear barreras de entrada contractual y estratégicas tendientes intencionalmente a impedir la expansión de los otros operadores económicos dentro del este mercado relevante, como lo demuestra la cláusula de exclusividad que nos encontramos analizando, siendo la misma una muestra del comportamiento abusivo reciente frente a los otros operadores económicos. Para efectos de resolver, se evidencia que CONECEL S.A., ostenta posición de dominio en el mercado relevante, antes definido, tanto aguas arriba, como aguas abajo.

8.3. SOBRE EL ABUSO DEL PODER DE MERCADO.- Como queda manifestado en el acápite anterior, CONECEL S.A. ostenta el poder de mercado relevante del servicio de telecomunicaciones tanto aguas arriba, como aguas abajo, y dado que CONECEL S.A. llegó primero a establecer su red de radiobases, al incluir dentro de sus contratos de arrendamiento de inmuebles la cláusula de exclusividad, que en la parte pertinente dice que: *"La arrendadora se compromete a no conceder el uso, goce, 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."*, se evidencia con claridad la intención de excluir a los operadores económicos que se dediquen a la actividad de las telecomunicaciones en cualquiera de sus ramas. En caso de que el contrato de exclusividad hubiera sido de carácter general y si la intención hubiera sido salvaguardar la integridad de los equipos e infraestructura instalados, la cláusula no podría haber señalado de manera categórica a las empresas que se dediquen a las telecomunicaciones, perfeccionándose de esta manera la conducta antijurídica del operador

económico CONECEL S.A. La conducta se refuerza cuando CONECEL S.A. coacciona al dueño del terreno, y como parte de esta misma cláusula dice en su tenor literal: *"En caso de incumplimiento de esta cláusula, LA ARRENDADORA deberán pagar a la ARRENDATARIA una pena convencional equivalente al 40% (cuarenta por ciento) del valor total de la renta mensual por el plazo de duración del contrato."*, con lo que CONECEL S.A. asegura el cumplimiento de la cláusula de exclusividad y los efectos deseados. La cláusula de exclusividad es injustificada, del informe de la Superintendencia de Telecomunicaciones, SUPERTEL de 31 de enero del 2013, suscrito por el ingeniero Claudio Rosas Intendente Nacional de Control Técnico sostiene que, *"...no existe ningún parámetro técnico que señale la distancia mínima de separación entre dos o más infraestructuras, de hecho, existen radio bases adyacentes en unos caso y en otros co-ubicadas que hacen uso de una misma infraestructura, como puede ser una torre auto soportada y es poco probable que existan interferencias, ya que cada operadora se le ha asignado un rango de frecuencias. Por otro lado, respecto al mal funcionamiento o riesgo de los equipos instalados, esto no obedecería a que existe algún parámetro técnico de distancia mínima de separación entre infraestructuras, sino más bien a que, por ejemplo los equipos de telecomunicaciones compartan equipos de fuerza como pueden ser generadores, rectificadores o banco de baterías, ya que estos equipos están diseñados para una cierta carga.- Así mismo, en el caso de que se pueda compartir infraestructura en torre, se debe considerar también las limitaciones de espacio físico en el cuarto de telecomunicaciones y bastidores de equipos. Los efectos de la instalación de las radiobases, no sólo es un problema de cobertura, pues puede darse que, incrementando radiobases no se incremente cobertura sino que, se incremente capacidad de tráfico telefónico celular que puede cursar en un área determinada, a consecuencia del incremento de usuarios en dicha área..."*. En informe de la Superintendencia de Telecomunicaciones, SUPERTEL, en oficio suscrito por el ingeniero Julio Cesar Hidalgo, Intendente Nacional de Control Técnico, el 29 de abril del 2013, ante la pregunta relacionada con la interferencia o puesta en riesgo de los equipos instalados para el caso de instalación cercana o aledaña de dos o más torres de telecomunicaciones y su infraestructura necesaria (co-habitación), la entidad técnica manifiesta que para la diversidad de espacio la información se envía en una misma frecuencia por dos trayectos diferentes, mediante una sola antena,. Los trayectos se eligen de tal manera que no exista la posibilidad de ocurrencia de desvanecimiento simultáneo en ambos o pérdida de la señal. Para la recepción generalmente se usan dos antenas con separación vertical en una misma torre; las señales captadas pasan a dos

receptores que entregan una señal de salida combinada de intensidad prácticamente constante.- Sólo en los casos de diversidad de espacio se habla de una distancia mínima entre antenas de microondas, pero es necesario anotar que dicha distancia aplica para una misma frecuencia es decir es un recurso asignado a una misma operadora.- Las frecuencias no esenciales son asignadas por la Secretaría nacional de Telecomunicaciones quienes en un procesos de asignación de frecuencias para evitar los temas de interferencias, al igual que temas de polarización de los enlaces entre otros aspectos técnicos. En conclusión no existen problemas de interferencia respecto a que otra operadora instale, dentro del espacio ya utilizado por el primero, infraestructura física necesaria de telecomunicaciones. Respecto al mal funcionamiento o riesgo de los equipos instalados por una operadora en el caso de que otra instale dentro del espacio ya utilizado por el primero, corresponde a un análisis de espacio en torre para instalar dichos equipos y de la resistencia mecánica que deba soportar cargas que puede tener una estructura mecánica. Siendo este un problema de ingeniería mecánica, arquitectura o ingeniería civil, más no de telecomunicaciones. Los señalados informes técnicos desvirtúan categóricamente las justificaciones señaladas por CONECEL S.A. en la cláusula de exclusividad "en razón de que esto podría ocasionar interferencia, mal funcionamiento o poner en riesgo los equipos allí instalados." (lo subrayado es nuestro). Se evidencia también que la falta de acceso a los otros operadores económicos en servicio de telecomunicaciones afecta la calidad del tráfico y en soportar incrementos de usuarios. CONECEL S.A., tanto en sus alegatos como en la Audiencia Pública realizada el día 15 de enero del 2014, manifestó que estos contratos de exclusividad estaban vigentes con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y que por olvido involuntario no habían dejado sin efecto la cláusula de exclusividad, pero sin embargo, CNT EP, remite una carta a CONECEL S.A. solicitando se le permita instalar sus radio bases en los siguientes lugares: dos inmuebles ubicados en Portoviejo, dos en San Lorenzo y uno en Archidona. La contestación de CONECEL S.A., mediante comunicación sin número de fecha 17 de octubre del 2012, en el que manifiesta que el pedido no es procedente ya que la solicitud de CNT EP, no obedece a una solicitud de compartición de infraestructura y no existen acuerdos que versen sobre bienes inmuebles, sino sobre estaciones bases para prestar servicios de telecomunicaciones; y, así el Reglamento y el contrato de compartición incluyeren bienes inmuebles, CNT EP, no ha cumplido con los requisitos que establecen las normas sobre compartición de infraestructura física. Dejando al arbitrio de los dueños de los inmuebles la posibilidad de que el competidor solicitante acceda a las

prestaciones que les pudieran dar los inmuebles de su propiedad. Al negar el arrendatario el acceso del solicitante por la existencia de la cláusula de exclusividad, tantas veces mencionada. Nótese que para esta fecha ya estaba vigente la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, publicada en el Registro Oficial No. 555 del 13 de octubre del 2011, para lo que CONECEL S.A. debía haber dejado sin efecto, en términos generales, la cláusula de exclusividad, actualizando de este modo la conducta antijurídica que supuestamente se había producido con ocasión del olvido de la existencia de esas cláusulas en los contratos de arrendamiento. Vale destacar que la cláusula de exclusividad es una demostración adicional para revelar el verdadero mercado relevante, que es el de los servicios de telecomunicaciones y el dominio de CONECEL S.A. sobre este mercado relevante. *"La arrendadora se compromete a no conceder el uso, goce, 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."* Para implementar el despliegue de la red de telecomunicaciones, los diferentes operadores podrían instalar sus radiobases en distintos sitios que tengan una similar viabilidad técnica pero, el hecho de ser el operador más grande dentro del mercado relevante del servicio de telecomunicaciones; y, por el hecho de ser el operador económico que llegó primero a instalar su red de radio bases y adicionalmente ser la red más grande, los aspectos a considerar son los de la optimización de las señales, entendiéndose por tal la mejor cobertura con costos menores. Según informe pericial del ingeniero Humberto Camacho presentado e incorporado en la Audiencia Pública del 15 de enero del 2014, por parte de la Intendencia, dice en su parte pertinente que si hay un solo sitio que es óptimo para lograr la cobertura deseada y si el operador que llegó primero aplica la cláusula de exclusividad, provocará que los otros operadores no puedan ubicarse en el sitio que es óptimo, esto los obligará a buscar soluciones alternativas para lograr la cobertura necesaria, pero que resultan más costosas, evidenciando el efecto que la cláusula de exclusividad tiene en el mercado relevante aguas arriba, del servicio de telecomunicaciones móvil avanzado, lo que atenta contra los preceptos y normas que rigen la competencia. Los efectos de esta cláusula de exclusividad aguas abajo, en el servicio de telecomunicaciones voz móvil evidencia un daño potencial ya que *"Puede darse el caso de que los otros operadores renuncien a proporcionar el servicio a una población ante la imposibilidad de acceder a un inmueble, necesario para la instalación de su radio base, que impide que otros operadores instalen su infraestructura bajo*

equivalencia a 500
500

sanciones económicas al arrendador del terreno." Considerando este elemento, se evidencia la violación al derecho constitucional expresado en el Art. 16 de la Constitución de la República del Ecuador que en su tenor literal dice: *"Todas las personas, en forma individual y colectiva tiene derecho a: ... 2) El acceso universal a las tecnologías de información y comunicación"* y el Art. 52, relativo al derecho que tiene la ciudadanía a elegir los bienes y servicios ofertados. Al imponerse una restricción, al verificarse el que no existe la posibilidad de ofertar servicios de telecomunicaciones por las limitaciones establecidas por las barreras de entrada contenidas en la cláusula de exclusividad, se afecta a los derechos de elección de los usuarios del mercado aguas abajo. Las conclusiones contenidas en la presente Resolución, fueron fundamentadas en la facultad con que cuenta la Comisión de Resolución de Primera Instancia se basa en lo previsto en el Art. 3 de la LORCPM que en su tenor literal dice: *"Primacía de la realidad.- Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos."*

De lo expuesto, se deduce que CONECEL S.A. sobre la base de su posición dominante en el mercado de las telecomunicaciones, ha abusado de esta posición en los mercados aguas arriba de co-ubicación y co-habitación y en el mercado aguas abajo en servicio móvil avanzado y en el mercado aguas abajo de las telecomunicaciones servicio de voz móvil. La conducta antijurídica de CONECEL S.A., no se limita a los lugares materia de la denuncia de CNT EP, sino que, realizada la investigación, se ha descubierto que CONECEL S.A. ha suscrito, mil quinientos quince (1.515) contratos de arrendamiento y de estos, mil doscientos sesenta (1.260) tienen cláusula de exclusividad, es decir, el 83 % de sus contratos con los propietarios de los terrenos en los cuales ha instalado sus radiobases en todo el territorio del Ecuador.

La conducta del operador económico CONECEL S.A. ha afectado efectiva y potencialmente la participación de otros competidores y su capacidad de entrada y expansión de los otros operadores económicos en telecomunicaciones, ya que coaccionó con el cobro de multas a los propietarios de los inmuebles en los que arrienda a través de la injustificada cláusula de exclusividad anticompetitiva; y de este modo ha generado barreras de entrada contractual a los otros operadores económicos en

500

telecomunicaciones, alterando la capacidad de oferta de sus competidores y adicionalmente produciéndose barreras de entrada aguas abajo para los usuarios y clientes de productos en telecomunicaciones

8.4. SOBRE LA TIPIFICACION DE LA INFRACCION.- De lo expuesto, la conducta antijurídica de responsabilidad imputada a CONECEL S.A., se encuentra tipificada en los numerales 1, 10 y 19 del Art. 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que en su tenor literal dicen: *Art. 9) Abuso de Poder de Mercado.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general. En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son: 1) Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia; 10) La incitación, persuasión o coacción a terceros a no aceptar, limitar o impedir la compra, venta, movilización o entrega de bienes o la prestación de servicios a otros; y, 19) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados. No será admitida como defensa o eximente de responsabilidad de conductas contrarias a esta Ley la valoración del acto jurídico que pueda contenerlas.*

En consecuencia, se declara a la persona jurídica Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL S.A. como sujeto infractor por encontrarse incurso en las conductas tipificadas en los numerales 1, 10 y 19 del Art. 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, por lo que se procede a sancionarle de conformidad con el literal b) del numeral 2) del artículo 78 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que en su tenor literal dice ***"b) El abuso de poder de mercado tipificado en el artículo 9 que no tenga la consideración de muy grave."***, en concordancia del literal b) del artículo 79 de la LORCPM, que en su tenor literal dice: *"La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones: b) Las infracciones*



quinto sexto
540

graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente al de la imposición de la multa". En la presente causa, la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, no cuenta con información oficial del año inmediatamente anterior a la imposición de la presente multa que es la del año 2013, por lo que se acoge a lo que dice el artículo 97 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que dice: *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.* El mejor dato disponible para la determinación del volumen de negocios total de la empresa CONECEL S.A. es la correspondiente al ejercicio fiscal del año 2012. Por lo que ésta Comisión de Resolución de Primera Instancia sanciona a la persona jurídica Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL S.A., al pago del 10% del volumen total de negocios correspondiente al año 2012.

8.5. SOBRE LOS CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL IMPORTE DE LA SANCIÓN.- 8.5.1. Base Normativa.-

Para la determinación del importe de la multa, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en su Art. 80, textualmente dice: *"Criterios para la determinación del importe de las sanciones.- El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción. b) La cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables. c) El alcance de la infracción. d) La duración de la infracción. e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos. f) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción. g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables.* De su lado los artículos 95 y siguientes del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, claramente señalan: *"Cálculo del importe de las multas.- El importe de las multas establecidas en el artículo 79 de la Ley será fijado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 80 y siguientes del mismo cuerpo normativo, y según la metodología siguiente: 1) La Superintendencia determinará la base para el cálculo del importe de la multa para cada operador económico o asociación, unión o agrupación de operadores económicos. 2) La Superintendencia multiplicará el importe de base en función de la duración de la conducta. 3) La Superintendencia*

22/6/13

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.”*

Para determinar con claridad este cálculo, La Metodología de la Base para el Cálculo del Importe de la Multa, Apreciación del Alcance de la Infracción, Apreciación del Alcance de la Afectación al Mercado, contenida en el Capítulo dos del Instructivo de Sustanciación de Procedimientos de Investigación en Sede Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

8.5.2. Ingresos reportados por CONECEL S.A. (En US\$)

INGRESOS USD \$	2.010	2.011	2.012
TOTAL INGRESOS	\$ 1.235.753.614	\$ 1.278.543.327	\$ 1.384.959.646
TOTAL INGRESOS SIN VENTA DE EQUIPOS TELEFONICOS	\$ 1.058.394.477	\$ 1.150.114.903	\$ 1.236.181.567

Fuente: Informes Financieros Auditados de CONECEL S.A.

Hay que resaltar que CONECEL S.A. de acuerdo al Informe Final y Complementarios de la Intendencia, cuenta con una participación de mercado promedio (Años 2010 – 2011 y 2012) del 67.28%, Otecel S.A. del 29.87% y CNT EP del 2.5%. Duración de la práctica.- De los hechos revisados por esta Comisión, y conforme la documentación presentada por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, se ha determinado que de forma, clara, unívoca y consistente, CONECEL S.A. desde el año 2.010 hasta



quinto punto y uno
844

la presente fecha ha incurrido en las conductas denunciadas, incluso en incumplimiento expreso de la Resolución de la medida preventiva ordenada por esta Comisión el 30 de Abril de 2013. Otro factor importante a resaltar es que en varios contratos de arrendamiento el operador económico CONECEL S.A. ha sustituido la cláusula de exclusividad por otra cláusula de prevención de interferencias, lo cual, conforme se indica en el expediente, a efectos prácticos ha constituido similar comportamiento, falta de colaboración con la autoridad y además la intencionalidad para continuar interfiriendo al normal desempeño de la competencia. Daño causado.- De acuerdo al informe Final y Complementarios de la Intendencia, los cuales han sido evaluados en forma íntegra por esta Comisión, se desprende que existen varios hechos objetivos que denotan el daño efectivo sobre el mercado móvil SMA "Aguas Abajo" además del mercado "Aguas Arriba", sin embargo señala el informe que no ha sido posible determinar el valor económico de dicha afectación.

8.5.2.1. Impedimento a la Libre Competencia de otros operadores: Los Operadores de telecomunicaciones móviles han visto restringida efectiva y potencialmente su capacidad de expansión de red y servicio, mejora de servicios de telecomunicaciones, crecimiento en el número de usuarios y por tanto en la posibilidad de generar o mantener ingresos adicionales por la venta de servicios de telefonía móvil en el mercado "aguas abajo".

8.5.2.2. Incentivos de mejora del Servicio de telecomunicaciones en zonas rurales: Bajo condiciones de competencia, los participantes de un mercado tienen altos incentivos a mejorar la prestación del servicio a su elección. Sin embargo con la imposibilidad de expansión del servicio por parte de otros operadores móviles, sea el caso del denunciante CNT EP; el operador económico CONECEL S.A. mediante las cláusulas de exclusividad de los sitios destinados a la construcción o instalación de radiobases, ha limitado a CNT EP que pueda brindar el servicio de telefonía móvil bajo las mismas características que posee CONECEL S.A. en los sitios donde existe esta barrera de entrada, afectando de esta forma también a la competencia efectiva.

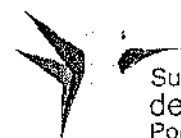
8.5.2.3. Limitación de Opciones del Consumidor: Adicionalmente: Dadas las características de estructura de pocas empresas en las telecomunicaciones móviles, las cuales además están limitadas por barreras legales para su ingreso, el no poder expandir el servicio de telecomunicación móvil de CNT EP, ha limitado al consumidor la libertad de elección de su proveedor en los sitios donde CNT EP u otra empresa móvil no pueda contar

844

con servicio, por lo cual el usuario ha sido afectado en el acceso a los servicios de telecomunicaciones, entre otros a los servicios de voz, SMS, MMS e incluso internet móvil.

8.5.2.4. Imposición de condiciones injustificadas a terceros para realizar comercio: Así también CONECEL S.A. al momento que incluye en los contratos de arrendamiento de sitios o terrenos destinados a la construcción de radiobases, cláusulas de exclusividad que coaccionan a los dueños de los sitios a no arrendar a terceros operadores, exclusivamente en el sector de las telecomunicaciones en todas las ramas, el mencionado inmueble, incluyendo sanciones al arrendatario, ha impedido que el dueño del terreno se pueda beneficiar por el goce y aprovechamiento del sitio en que se encuentra fincada su propiedad, generando para él nuevas rentas o ingresos a pesar de que en términos técnicos comprobados, no existió argumento técnico justificado que le impidiese hacerlo, además de la cláusula de exclusividad y sanción correspondiente al dueño del sitio en caso de incumplimiento. De ahí que, como se señaló anteriormente, esta Comisión reitera que dicha infracción tiene el carácter de grave, en los términos definidos en la LORCPM, a más de las consecuencias o afectaciones que en el derecho patrimonial privado se verifican por las cláusulas abusivas o leoninas, que limitan el derecho de propiedad que debe cumplir su función social y ambiental, conforme el Art. 321 de la Constitución de la República, y en este caso debe tenerse en cuenta adicionalmente las posibles afectaciones que devienen en la construcción de radiobases en las esferas ambientales y urbanísticas.

8.6. BASE PARA EL CÁLCULO DE LA MULTA.- La base para el cálculo del importe de la multa ha sido determinada en función al volumen de negocios realizado CONECEL S.A. el mercado relevante afectado por las infracciones investigadas. En el presente caso, el operador económica responsable CONECEL S.A. posee un valor por ventas del año 2012, de **US\$ 1.384.959.646** a lo cual se ajusta restando los ingresos por Terminales Telefónicos conforme se detalla en su Balance Financiero, debido a que estos servicios no serían afectados, sino únicamente los servicios de telecomunicaciones tales como voz, datos SMS, MMS e Internet. Es así que el volumen de negocios en el mercado relevante sería igual a **US\$. 1.236.181.567** para el año 2012. La graduación de la multa considera varios criterios y factores relevantes del alcance y la afectación de las infracciones, lo que conlleva a calcular una proporción según la metodología descrita en el Instructivo de Sustanciación de Procedimientos de Investigación en Sede Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado,



quinto punto
512

dictado mediante Resolución No: SCPM-DS-070-2013, de 9 de diciembre de 2013, que particularmente en el Título II recoge la metodología de la base de cálculo del importe de multa, apreciación del alcance de la infracción y apreciación de la afectación causada al mercado.

En primer lugar se calcula el factor denominado "parámetros de competencia", el cual se calcula mediante la siguiente fórmula:

$$PC = \text{Cuota de Mercado del Infractor} \frac{(HHI - HHI^*)}{10.000}$$

La cuota de mercado del operador económico infractor CONECEL S.A. de acuerdo al Informe Final e Informes Complementarios es igual **68.81%** del total del mercado de telefonía móvil avanzada; el Índice Herfindahl-Hirschman del mercado relevante afectado equivale a **5.429**, y el Índice Herfindahl-Hirschman referencial, es decir hipotético en el caso de que cada empresa tenga la misma cuota de mercado es igual a **3.334** considerando que existen 3 empresas en el mercado móvil. La aplicación de la fórmula del factor "parámetros de competencia" da como resultado un valor de **0.14**. Por otro lado, los factores de apreciación del alcance y afectación individualizados al presente caso, conforme los documentos que respaldan el informe Final e Informes complementarios de la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, se detallan a continuación:

8.6.1. Factores ponderadores de la Base del Importe de multa.-

Nombre del Indicador	Valor del indicador	Ponderación (β)
Parámetros de competencia - PC	0.14	0,125
Naturaleza del sector o mercado objeto de la investigación	Si es Sector estratégico o priorizado	0,125
	No afecta a los derechos constitucionales	0,125
Creación de barreras estratégicas de entrada o salida en el sector o mercado objeto de investigación	Crea barreras estratégicas	0,125

33 12 5

Objeto de la infracción	Tiene objeto anticompetitivo	0,125
Cobertura geográfica de la Infracción	Ámbito Nacional	0,125
Efecto de la infracción	Efecto real sobre la competencia	0,125
Concurrencia de infracciones	La conducta conlleva a más de una infracción	0,125

En base de la aplicación de la mencionada metodología de ponderación, se estima como Ponderador de la Base para el Cálculo del importe de Multa (PBIM), el factor del **7.05%**, lo cual aplicado sobre el Volumen de Negocios del Mercado relevante nos da como resultado la Base de Cálculo del Importe de la Multa el valor de **US\$ 87.165.504,85**. Base Total para el cálculo del importe de la multa.- Para determinar la base total para el cálculo del importe de multa, se ha determinado que CONECEL S.A. cuenta con contratos suscritos de arrendamiento donde consta la cláusula de exclusividad que datan desde 1991 hasta contratos suscritos en el año 2012. En este sentido, se considera para el cálculo de la multa como número de años de duración de la infracción desde el mes de octubre del año 2011, fecha en la que entró en vigencia la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado. Por lo que, aplicando la fórmula descrita en la metodología de la base de cálculo del importe de multa, el valor a multiplicar a la Base de Cálculo es igual a 2.73, por lo cual la Base Total para el cálculo del Importe de Multa (BTCIM) es igual a US\$ 238.343.177,33.

8.6.2. Factores Agravantes o Atenuantes.-

Para ajustar la Base Total al Importe Final de la Multa, corresponde a esta Comisión evaluar las circunstancias agravantes y atenuantes, conforme lo señalado en los artículos 80 y 81 de la LORCPM así como los hechos presentados en el Informe Final y Complementarios permitiendo de esta forma individualizar la sanción. En los siguientes cuadros se detallan los criterios evaluados por esta Comisión de Resolución de Primera Instancia, así como los ponderadores aplicados para el caso. Cabe indicar que esta Comisión ha estimado que el valor aplicable resultado de esta evaluación integral de circunstancias agravantes y circunstancias atenuantes equivale a incrementar el valor del **7,15%** sobre la Base Total para el cálculo del Importe de Multa. Los artículo 81 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, dice: "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. Art. 82.-

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. Para el presente caso se considera las siguientes agravantes: b) y c) de lo dispuesto por la normativa citada: b) La posición de responsable o instigador de la infracción ya que en el desarrollo de la presente Resolución se ha evidenciado la responsabilidad del operador económico CONECEL S.A. c) La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas, sobre este literal para efectos de sanción se ha evidenciado que es responsable de la infracción ya que CONECEL S.A. adoptó las medidas contractuales para garantizar el cumplimiento de la infracción. Adicionalmente se considera las siguientes circunstancias atenuantes: a) La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción, CONECEL S.A. ha presentado propuestas de compromisos de cese, evidenciando su deseo de poner fin a la causa; y, 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. Del expediente se evidencia la actuación positiva de CONECEL S.A. en el procedimiento de investigación y sustanciación de la presente causa.

Circunstancias Agravantes	Aplica	Ponderador
La comisión reiterada de infracciones tipificadas en la presente Ley	No	0
La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.	Sí	0,238
Persistencia de la infracción después de que la SCPM inicie una investigación	No	0

563

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 de la LORCPM.	No	0
La posición de responsable o instigador de la infracción.	Sí	0,048
Circunstancias Atenuantes	Aplica	Ponderador
La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado.	Sí	0,286
La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.	No	0
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.	Sí	0,19
La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas.	No	0
Motivado por Instituciones públicas (estímulo)	No	0
Presión ejercida por otras empresas	No	0

Finalmente, tras la evaluación integral de los factores, circunstancias y criterios para la determinación de la multa, cabe indicar que esta Comisión ha verificado que el importe total de multa calculada con los criterios citados supera el máximo legal del volumen total de negocios del operador económico responsable.

Reconociendo la capacidad económica del operador CONECEL S.A. y el carácter persuasivo de las sanciones tipificadas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, frente al hecho que el valor calculado es superior al máximo legal aplicable del 10% del volumen de negocios considerando de grave a la conducta denunciada, esta Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado resuelve aplicar como Importe de Multa final el **10%** del volumen

514
total de negocios de la persona jurídica CONECEL S.A. determinadas para el ejercicio económico del año fiscal 2012, lo que equivale un Importe de Multa de **US\$ 138.495.964,60**.

NOVENO: RESOLUCIÓN: Por todas las consideraciones expuestas, de conformidad con el Art. 61 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en concordancia con el Art. 71 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Regulación y Control del Poder de Mercado, **RESUELVE:** Imponer la multa de **Ciento treinta y ocho millones cuatrocientos noventa y cinco mil novecientos sesenta y cuatro 60/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$ 138.495.964,60)** que serán depositados en la cuenta corriente número 7445261 del Banco del Pacífico a nombre de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

Actúe el Dr. Iván Escandón Montenegro, en calidad de Secretario titular de la Comisión. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-** Dado y firmado en la ciudad de Quito DM el día 7 de febrero de 2014.

Sara Báez Rivera

Sara Báez Rivera
PRESIDENTA

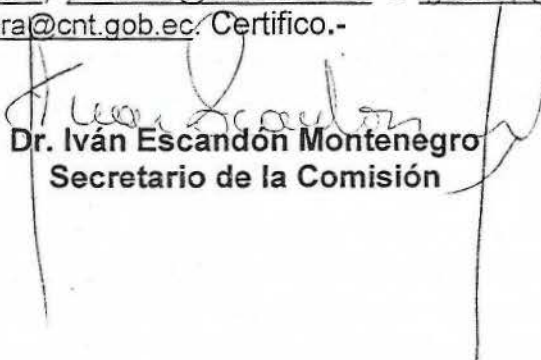
Gustavo Iturralde Núñez
Gustavo Iturralde Núñez
COMISIONADO

Marcelo Ortega Rodríguez
Marcelo Ortega Rodríguez
COMISIONADO

Certifico.-

Dr. Iván Escandón Montenegro
Dr. Iván Escandón Montenegro
Secretario de la Comisión

RAZÓN: Certifico que notifiqué con la Resolución que antecede el 7 de febrero de 2014, al operador económico CORPORACION NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT-EP, en el casillero judicial No: **1184** del Palacio de Justicia de Quito; y al CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, en el casillero judicial No: **2276** del Palacio de Justicia de Quito, y en los correos electrónicos: CONECEL: vnakagawa@claro.com.ec, pfalconc@claro.com.ec e lguerrap@claro.com.ec; y a CNT EP: silvana.guevara@cnt.gob.ec. Certifico.-


Dr. Iván Escandón Montenegro
Secretario de la Comisión


Superintendencia de
Control del Poder de Mercado
ESPACIO EN BLANCO