

**Expediente No: 0014-SCPM-CRPI-2013**

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-**

**Comisión de Resolución de Primera Instancia.-** Quito, 24 de enero de 2014, las 14h00.- **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. Se presenta a la Comisión el Oficio No: GNRI-GCOMP-04-006-2014, suscrito por Silvana Guevara, en calidad de abogada patrocinadora de CNT EP, de fecha 10 de enero de 2014, el mismo que se dispone agregar al expediente. Una vez que se ha cumplido con lo prescrito en los Arts: 115 y 117 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y Resolución No. SCPM-DS-067; encontrándose plenamente integrada la Comisión, para resolver la propuesta de compromiso de cese, se considera:

**PRIMERO: COMPETENCIA.-** La Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, es competente para resolver la presente propuesta de compromiso de cese, presentado por el operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, de conformidad con lo prescrito en el Art. 91 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en concordancia con el Art. 117 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y Art. 9 del Manual de Procedimiento para la Aplicación de Compromisos de Cese, dictado mediante Resolución No. SCPM-DS-067 de 4 de diciembre de 2013.

**SEGUNDO: ANTECEDENTES.-** a) La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante memorando SCPM-IIAPMAPR-2013-134-M, ha remitido a la Comisión de

*(Handwritten signature and date)*  
1602

Resolución de Primera Instancia el Informe Final No. SCPM-IIAPMAPR-2012-001-INF-005, dentro del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2012-001, que se sigue en contra del operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL; que en el apartado de conclusiones, entre otras, señala: "... 203 Las conductas denunciadas por CNT EP, se encuentran tipificadas dentro de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Por tanto, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene facultad de imponer medidas correctivas y/o las sanciones que considere pertinentes... 207 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 la instalación de infraestructura de telecomunicaciones... 216 De los hechos analizados y el análisis económico, técnico, y jurídico 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 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado..."; y presenta como recomendaciones: "...I. Adoptar la imposición de multa al operador económico CONECEL S.A. de hasta el 10% del volumen total de negocios; considerando los criterios de esta Autoridad para la determinación del importe de las sanciones, mismos que se encuentran contemplados en los artículos 78, 79 y 80 de la LORCPM y artículos 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, y 102 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM. II. Dejar sin efecto, de manera definitiva e inmediata, las cláusulas de exclusividad de los contratos de arrendamiento suscritos por el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A; y no ejercer los derechos que nacen de ellas. III. Instar a CONECEL S.A. se abstenga de incorporar cláusulas de exclusividad en contratos de arrendamiento de inmuebles para instalación de infraestructura de telecomunicaciones, siempre que las mismas no se encuentren objetivamente justificadas en el índole económico, técnico, y jurídico. IV. Instar a CONECEL S.A. adecúe los contratos de arrendamiento en relación a

*las cláusulas de exclusividad, en virtud de que dicho operador económico no ha dado cumplimiento a la Disposición Transitoria Quinta de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado...* b) La abogada Rosa Virginia Nakagawa Morales, en calidad de Apoderada Especial del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, conforme lo acredita con la copia certificada del poder que obra del expediente, presenta **Propuesta de Compromiso de Cese**, quien ha realizado un pronunciamiento expreso sobre los hechos denunciados, contenidos en el numeral 2 de la comunicación referida expresando: "2.1. CONECEL reconoce que muchos de los contratos de arrendamiento de inmuebles que ha celebrado para la instalación de radiobases, contienen cláusulas de exclusividad en virtud de las cuales los propietarios de dichos inmuebles debían abstenerse de arrendar espacios dentro de los mismos terrenos a otros operadores de servicios de telecomunicaciones (en adelante, las "**Cláusulas de Exclusividad**"). CONECEL reconoce que por un error involuntario, no adecuó dichos contratos, notificando en tal sentido a los propietarios de los predios en cuestión, de la eliminación de las Cláusulas de Exclusividad, a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado, eso es, el 13 de octubre del 2011. 2.2. Para efectos del artículo 90 , numeral 1, de la LORCPM, y sin haber tenido la intención de causar ninguna afectación al mercado, CONECEL reconoce que con fecha 28 de setiembre(sic) del 2012, CNT E.P, solicitó a CONECEL que emita la autorización hacia los dueños de los inmuebles en los predios denominados(i) Archidona, (ii) Danec, (iii) San Lorenzo, (iv) Uruzca y (v) Jipijapa, para que puedan suscribir un contrato adicional con la CNT E.P; solicitud que con fecha 17 de octubre de 2012, CONECEL rechazó, lo que imposibilitó que la empresa pública arrendara dichos sitios para la instalación de sus radiobases... 2.3. Para efectos del artículo 90, numeral 1, de la LORCPM, y sin haber tenido la intención de causar ninguna afectación al mercado, CONECEL reconoce que las cláusulas de exclusividad en los contratos de arrendamiento de inmuebles para instalación de radiobases, no han podido ser justificadas en el sentido de

*[Handwritten signature]*  
1102

prevenir interferencias, mal funcionamiento o poner en riesgo los equipos ahí instalados. Ello habría infringido los numerales 1 y 19 del artículo 9 de la LORCPM. 2.4. CONECEL expresa su plena vocación de estricto cumplimiento a las normas de libre y leal competencia, por lo que reitera y enfatiza que no ha tenido intención, directa o indirecta, de restringir y/o afectar el normal desarrollo del mercado de las telecomunicaciones el cual debe sostenerse en base a las mejores prácticas de negocios. En función de ello, reitera su compromiso de no incluir cláusulas de exclusividad alguna en los contratos de arrendamiento para la instalación de radiobases, tanto a la fecha como en el futuro"; comprometiéndose a adoptar las medidas correctivas comprendidas en los numerales 3.1, 3.2, 3.3 y 3.4; esto es: "Cesar, de manera definitiva e inmediata, el ejercicio de cualquier derecho contractual actualmente existente derivado de las Cláusulas de Exclusividad...; Abstenerse de incorporar, en los contratos de arrendamiento de inmuebles para instalación de radiobases, como en efecto lo ha hecho, Cláusulas de Exclusividad o pactos que de alguna manera obliguen al propietario a abstenerse de arrendar espacios, dentro de los mismos terrenos, a otros operadores de telecomunicaciones...; Para formalizar lo anterior, notificaremos formalmente a los arrendadores de los inmuebles en cuyos contratos fueron incorporadas las Cláusulas de Exclusividad, que dichas cláusulas se tienen por no escritas y eliminadas de dichos contratos; y, por tanto, no tendrán efecto alguno para ninguna de las partes... El proceso de notificación a los arrendadores concluirá en un plazo máximo de dos (2) meses a partir de la aprobación del compromiso de cese, visto la magnitud del proceso... Es importante acotar, sin perjuicio de lo antes expresado o, CONECEL en la actualidad no ejecuta las Cláusulas de Exclusividad... designe un tercero independiente para efectos de auditar el cumplimiento por parte de CONECEL del Compromiso de Cese..."(sic).

**TERCERO: INFORMES Y ALEGACIONES.- 3.1. Informe Propuesta de Compromiso de Cese, presentado por la intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.**

Mediante memorando No. SCPM-IIAPMAPR-2014-003-M de 6 de enero de 2014, Carlos Chavarría Loor, Intendente, remite el informe sobre la propuesta de Compromiso de Cese, presentada por CONECEL S.A, dentro del análisis dice: *"...a criterio de esta Intendencia, dicha propuesta no cumple con la condición primera establecida en la norma citada, pues CONECEL S.A. no reconoce los cargos imputados por la Intendencia a través de la formulación de cargos; considerando que en el estado actual del procedimiento administrativo, esta Intendencia ha remitido su informe final para la Resolución de la Comisión. Asimismo, a falta de dicho reconocimiento de los cargos imputados, CONECEL S.A. no ha presentado un compromiso de subsanar los daños, perjuicios, o efectos que hayan producido, que produzcan, o que puedan producir en el mercado relevante, los cargos imputados..."*, agregando: *"...es importante mencionar que la propuesta de compromiso de cese debe integrar no solo las condiciones estipuladas en el artículo 90 de la LORCPM, si no también, de ser el caso, un compromiso de subsanación de los daños, perjuicios o efectos que las conductas hayan producido, que produzcan o que puedan producir en el mercado relevante y en los consumidores; en atención a las responsabilidades civiles citadas..."*, solicitando no se acepte la propuesta de compromiso de cese presentada.

**3.2. Alegaciones presentadas por la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT E P, respecto a la Propuesta de Compromiso de Cese.-** Dentro del término legal, el operador económico CNT EP, ha presentado tres memoriales de 3, 6 y 11 de enero de 2014, respectivamente; en los cuales expresan su posición sobre el compromiso de cese planteado, en el primero señala: *"...tengo a bien manifestar mi conformidad con la propuesta de Compromiso de Cese presentada por el operador económico CONECEL, sin embargo presento las siguientes observaciones: En todos aquellos párrafos en los que se hace mención a la Cláusula de Exclusividad, debe añadirse de forma expresa el siguiente texto: "... Cláusula de Exclusividad y Cláusula de Prevención de Interferencia o pactos que de alguna manera obliquen al propietario a abstenerse de arrendar*

*16/2*

espacios, dentro de los mismos terrenos, a otros operadores de telecomunicaciones..."; y por otra parte, considera: "...de suma importancia que la carta adenda contenga un texto claro y específico acerca de la eliminación de la "Cláusula de Exclusividad o Cláusula de Prevención de Interferencia..."; en la siguiente comunicación informan a la Comisión, que dejan por sentado: "... el desacato por parte de CONECEL de la Medida Preventiva dictada por su autoridad con fecha 30 de abril de 2013..., que, durante el peritaje del sitio Jipijapa... CONECEL, a través de su abogado, de una forma sorpresiva entregaba al propietario del inmueble la "Carta-Adenda" de fecha 17 de diciembre de 2013, en la que se dejaba sin efecto la Cláusula de Exclusividad... La Carta Adenda presentada por CONECEL debió ser entregada apenas emitida la medida cautelar y no en el momento de la pericia, lo cual constituye una prueba fehaciente de la desobediencia de la Medida Preventiva por parte de CONECEL. Adicionalmente, CNT EP durante este tiempo, esto es, a partir de que se dictó la Medida Preventiva hasta la fecha ha seguido encontrando los mismos limitantes para acceder a un sitio, como consecuencia de que se mantiene en vigencia la Cláusula de Exclusividad. Hechos que ponen de manifiesto la falta de voluntad, compromiso y respeto de CONECEL en lo relacionado al presente caso...", finalmente en comunicación última señala que: "...no solamente está de por medio los daños y perjuicios causados a la empresa Corporación Nacional de Telecomunicaciones, CNT EP, respecto de lo cual mi defendida se reserva el derechos de interponer las acciones legales pertinentes para el resarcimiento de los mismos, sino que se ha afectado bienes mayores protegidos por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, cuyo objeto es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible, lo cual guarda total concordancia con los preceptos constitucionales, es pertinente la conclusión y recomendación de la Intendencia".

#### **CUARTO: EVALUACIÓN DE LA SOLICITUD DE COMPROMISO DE CESE.-**

El Art. 90 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, señala como ejercicio de una "facultad discrecional" la evaluación del compromiso de cese; discrecionalidad entendida como la libertad de elegir entre varias situaciones o alternativas, todas igualmente legales y justas, fundadas en criterios diversos, dentro de los límites señalados por las normas constitucionales, legales y reglamentarias; cuidando el cumplimiento y garantía de los derechos, correspondiendo mediante un acto administrativo, al órgano de resolución manifestar unilateral y externamente su voluntad en ejercicio de la potestad pública que la ley le otorga. Esta evaluación debe tomar en consideración el cumplimiento concurrente de dos condiciones: a) Reconocimiento de CONECEL de todos o algunos hechos de la denuncia o de los cargos imputados, siendo este reconocimiento verosímil, es decir, que tiene apariencia de verdadero, y ser creíble por no ofrecer carácter alguno de falsedad; y b) Ofrecimiento de medidas correctivas que permitan verificar el cese de práctica denunciada y garantía de no reincidencia. De otro lado el Art. 89 de la misma Ley Orgánica, establece el compromiso en "*...cesar la conducta objeto de la investigación y a subsanar, de ser el caso, los daños, perjuicios o efectos que hayan producido, que produzcan o que puedan producir en el mercado relevante y en los consumidores sus prácticas anticompetitivas*". De lo expresado anteriormente, esta Comisión considera que el operador económico CONECEL, al presentar su propuesta de Compromiso de Cese, de manera clara y precisa, reconoce alguno de los hechos denunciados al indicar que "*...CONECEL reconoce que las cláusulas de exclusividad en los contratos de arrendamiento de inmuebles para instalación de radiobases, no han podido ser justificadas en el sentido de prevenir interferencias, mal funcionamiento o poner en riesgo los equipos ahí instalados. Ello habría infringido los numerales 1 y 19 del artículo 9 de la LORCPM...*", de esta forma se cumple con el numeral 1 del Art. 90 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, ya que no es necesario un reconocimiento de los cargos imputados, al haberse reconocido



los hechos denunciados. Por otro lado, CONECEL ofrece medidas correctivas que permitan el cese, interrupción o terminación de los hechos aceptados y reconocidos; que se concreta a cesar el ejercicio de cualquier derecho contractual que se deriven de las cláusulas de exclusividad; de abstenerse de incorporar cláusulas que obliguen al propietario abstenerse de arrendar a otros operadores de telecomunicaciones, y a proceder con las notificaciones formales a los arrendadores de que dichas cláusulas deberán tenerse por no escritas y eliminadas de los contratos; pero, a pesar de lo antes señalado, CONECEL no ha ofrecido medidas complementarias que permitan subsanar los daños, perjuicios o efectos que hayan producido, produzcan o que puedan producir en el mercado relevante. Lo señalado debe analizarse a la luz de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias a fin de que el compromiso de cese se constituya en una muestra efectiva, del interés del operador económico denunciado, de no continuar con la conducta antijurídica observada, situación que la Comisión ya ha previsto al haber dictado las medidas preventivas de 30 de abril de 2013, que se encuentran vigentes y por las cuales ya se ordenó *“la suspensión de las cláusulas de exclusividad que consten en los contratos de arrendamiento suscritos entre el consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, para el arrendamiento de inmuebles destinados a la instalación de radio bases y sus infraestructuras complementarias”*; en tal sentido ya era obligación de CONECEL realizar todas las actividades pertinentes, prudentes y deseables para el cumplimiento de esta Resolución, siendo incongruente que en este momento lo señalen como parte de la propuesta de compromiso de cese, existiendo una duda razonable, respecto al cumplimiento de la obligación que desea asumir CONECEL, contenida en los numerales 3.2. y 3.3 de la propuesta presentada. Adicionalmente, la propuesta no busca reparar o subsanar los daños, perjuicios o efectos pasados, presentes o futuros que su conducta haya producido, sin expresar reparación económica alguna, no precisamente para el denunciante CNT EP, sino de manera general para todas y todos los

consumidores y usuarios del sistema de telecomunicaciones en su conjunto; interés general de la sociedad, bien que custodia la LORCPM.

**QUINTO: RESOLUCIÓN.-** La Comisión de Resolución de Primera Instancia, como órgano de resolución y sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, tiene como finalidad velar por el cumplimiento de la Constitución de la República del Ecuador, la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado, y demás disposiciones legales aplicables, relativas a evitar prácticas monopólicas y oligopólicas, sancionar el abuso de posición de dominio en el mercado, así como prácticas de competencia desleal; en mérito de lo analizado y en ejercicio de la facultad discrecional contemplada en los Arts: 90 y 91 de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado, en concordancia con el Art. 117 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado, **RESUELVE: 1)** Desestimar la Propuesta de Compromiso de Cese presentada el 16 de diciembre de 2013, por parte del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, por intermedio de la abogada Rosa Virginia Nakawaga Morales, en calidad de Apoderada Especial, por cuanto carece de un componente que busca subsanar daños, perjuicios o efectos, que se produzcan en el mercado relevante de las telecomunicaciones y en beneficio de las y los consumidores y usuarios del sistema de telefonía móvil. **2)** 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 24 de enero de 2014.



**Gustavo Iturralde Núñez**  
COMISIONADO

**Sara Báez Rivera**  
PRESIDENTA

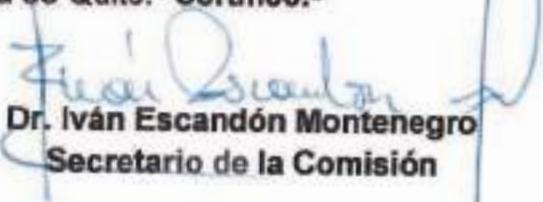


**Marcelo Ortega Rodríguez**  
COMISIONADO

**Certifico.-**

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

**RAZÓN:** Certifico que notifiqué con la Resolución que antecede el 24 de enero de 2014, al operador económico CORPORACION NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT-EP, en el casillero judicial No: **1184** del Palacio de Justicia de Quito; al CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, en el casillero judicial No: **2276** del Palacio de Justicia de Quito.- **Certifico.-**

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