

EXP.- SCPM-CRPI-2015-015

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito, 26 de junio de 2015, a las 14h30.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al abogado Juan Emilio Montero Ramírez, Presidente de la Comisión, al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado y al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes y se dispone agregar al expediente el memorando SCPM-IIAPMAPR-229-2015-M de 10 de junio de 2015, suscrito por el doctor Wagner Mantilla, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante el cual remite la “*Ampliación al informe No. SCPM-IIAPMAPR-064-2015*”; y, por corresponder al estado procesal del expediente el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia es competente para resolver la petición de medidas preventivas solicitadas por el operador económico CONVERGENCETECH S.A. y TECEMOVIL S.A. por mandato legal contenido en los artículos 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM) y 73 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante Reglamento de la LORCPM).

SEGUNDO.- VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.- La solicitud de medidas preventivas ha sido tramitada de conformidad con las disposiciones contempladas en la LORCPM y en el Reglamento de la LORCPM observando para el efecto las garantías básicas del debido proceso y derecho de defensa, consagradas en el artículo 76 de la Constitución de la República, por lo tanto no existe vicio, error o nulidad que pueda influir en la decisión del presente expediente, razón por la cual, se declara su validez.

TERCERO.- ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.-

3.1.- El señor Armando Antonio Elao Falcones, en su calidad de Presidente del Directorio y representante legal de la compañía CONVERGENCETECH S.A. así como Gerente y representante legal de la compañía TECEMOVIL S.A. mediante denuncia presentada en la Secretaría General de la SCPM el 26 de febrero de 2015, a las 11h38, en contra de OTECEL S.A. da a conocer presuntas prácticas de abuso de poder de mercado, conductas tipificadas en los numerales 11, 15, 19 y 23 del artículo 9 de la LORCPM y solicita la adopción de medidas preventivas, consistentes en “[...] i) *el cese de las cláusula de exclusividad y no competencia que OTECEL actualmente impone a todos sus revendedores, así como* ii) *la suspensión de sus*”

efectos jurídicos, a fin de evitar mayores perjuicios al mercado y preservar la competencia [...]”.

3.2.- Mediante providencia de 09 de marzo de 2015, a las 10h05, esta Comisión avoco conocimiento de la petición de adopción de medidas preventivas solicitadas por los operadores económicos CONVERGENCETECH S.A. y TECEMOVIL S.A. en contra de OTECEL S.A. requiriendo a la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas que emita un informe sobre la pertinencia de acoger la petición de medidas preventivas.

3.3.- El doctor Wagner Mantilla Cortés, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante memorando SCPM-IIAPMAPR-2015-152-M de 31 de marzo de 2015, remite a éste órgano de sustanciación y resolución, el informe SCPM-IIAPMAPR-054-2015 de 31 de marzo de 2015.

3.4.- Esta Comisión mediante providencia de 15 de abril de 2015, las 16h55 dispuso en el numeral 4 que: *“Requerir que la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas amplíe el Informe SCPM-IIAPMAPR-054-2015 [...] en el que se precise si el operador económico OTECEL en los contratos de reventa suscritos con otros operadores económicos incorpora cláusulas de exclusividad, abusivas e injustificadas”.*

3.5.- El doctor Wagner Mantilla Cortés, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante memorando SCPM-IIAPMAPR-190-2015-M de 06 de mayo de 2015, remite a éste órgano de sustanciación y resolución, la *“Ampliación al informe no. SCPM-IIAPMAPR-054-2015 sobre medidas preventivas en el expediente nro. SCPM-IIAPMAPR-EXP-006-2015”.*

3.6.- Esta Comisión mediante providencia de 20 de mayo de 2015, a la 14h05, dispuso en el numeral 2 que: *“[...]la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en el término de diez (10) días, amplíe el Informe SCPM-IIAPMAPR-064-2015 remitido a esta Comisión mediante memorando SCPM-IIAPMAPR-190-2015-M de 6 de mayo de 2015, en el que se precise si de la información remitida por el operador económico OTECEL en los contratos de reventa suscritos con otros operadores económicos incorpora cláusulas de exclusividad que pudieran ser abusivas e injustificadas.”.*

3.7.- El doctor Wagner Mantilla Cortés, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante memorando SCPM-IIAPMAPR-229-2015-M de 10 de junio de 2015, remite a éste órgano de sustanciación y resolución, la *“Ampliación al informe No. SCPM-IIAPMAPR-054-2015”.*

CUARTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO.-

4.1.- De acuerdo con el contenido de la denuncia “[...] *la relación comercial entre las denunciantes CONVERGENCETECH S.A. y TECEMOVIL S.A. con OTECEL S.A se inició en el 2001, cuando estas suscribieron los primeros contratos para la reventa de servicios de telecomunicaciones a través de terminales de uso público. Al tratarse de contratos de reventa, su objeto consistía en que las Denunciantes revendan los servicios de telefonía que presta OTECEL a través de la red de locutorios instalados por las Denunciantes. Se entiende, por ende, que OTECEL debía cobrar a las Denunciantes únicamente por los minutos que estas hubieren efectivamente revenido a su red [...]*”.

4.2.- Señalan las Denunciantes que “[...] *OTECCEL en sus Contratos de Reventa de adhesión impone a sus revendedores restricciones verticales de exclusividad y no competencia. [...] las restricciones verticales impuestas por OTECEL pertenecen al género de restricciones de “marca única”. En el presente caso, existen dos especies de tales restricciones: i) exclusividad de compra y ii) y compromiso de no competencia. [...]*”.

4.3.- Los operadores económicos CONVERGENCETECH S.A. y TECEMOVIL S.A. sostienen que “[...] *los contratos de reventa de OTECEL imponen ambos tipos de restricciones, obligando a las denunciantes, no solo a comprar toda su demanda a un solo proveedor, sino a no revender productos de sus competidores, inclusive después de terminado el contrato. [...]*”.

4.4.- Los denunciantes solicitan la adopción de medidas preventivas que la SCPM ordene **i)** el cese de las cláusulas de exclusividad y no competencia que OTECEL actualmente impone a todos sus revendedores, así como **ii)** la suspensión de los efectos jurídicos, a fin de evitar mayores perjuicios al mercado y preservar la competencia.

QUINTO.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

5.1.- Constitución de la República del Ecuador.-

Art. 213 determina que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado “[...] *es un organismo técnico de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general [...]*”.

Art. 336 consagra que: “[...] *el Estado impulsará y velará por un comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones*”

[Handwritten signature]

de la intermediación y promueva la sustentabilidad, asegurando la transparencia y eficiencia en los mercados en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley [...]”.

5.2. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Art. 62 prescribe que: “[...] *el órgano de sustanciación y resolución de la Superintendencia de Control del Poder Mercado, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación, podrá, a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar medidas preventivas [...]. Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidad del daño que se pretenda evitar [...]*”.

5.3. Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.-

Art. 73.- “Clases de medidas preventivas.- Según lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley el órgano de sustanciación y resolución podrá establecer, entre otras, las siguientes medidas preventivas tendientes a evitar una grave lesión que afecte la libre concurrencia de los operadores:

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

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

SEXTO.- ANALISIS JURIDICO DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS SOLICITADAS.-

Las denunciantes CONVERGENCETECH S.A. y TECEMOVIL S.A. precisan en su denuncia que la relación contractual con OTECEL “[...] *inició hacia 2001, cuando estas suscribieron los primeros contratos para la reventa de servicios de telecomunicaciones a través de terminales de uso público (ej. Cabinas, locutorios) [...]. Al tratarse de contratos de reventa, su objeto consistía en que las Denunciantes revendían los servicios de telefonía que presta OTECEL, a través de la red de locutorios instalada por las Denunciantes [...]*”.

Adicionalmente, los operadores económicos denunciantes solicitan como medida preventiva que la SCPM ordene “[...] el cese las cláusulas de exclusividad y no competencia que OTECEL actualmente impone a todos sus revendedores, así como la suspensión de sus efectos jurídicos, a fin de evitar mayores perjuicios al mercado y preservar la competencia[...]”.

6.2.- La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en el informe SCPM-IIAPMAPR-054-2015 de 31 de marzo de 2015, remitido a este órgano de sustanciación y resolución mediante memorando SCPM-IIAPMAPR-2015-152-M de fecha antes citada, en sus conclusiones sostiene:

- 6.2.1. *“La información, respecto a la denuncia, que hasta este momento posee este órgano de investigación no permite determinar si las conductas señaladas por los denunciantes se mantienen hasta la actualidad”.*
- 6.2.2. *“Es pertinente analizar los convenios, contratos o acuerdos comerciales establecidos por entre los concesionarios y los mayoristas de servicio móviles avanzados”.*
- 6.2.3. *“De conformidad con la información recabada hasta el momento a priori, se puede establecer que dentro del mercado relevante actúan concesionarios tanto de servicios móviles avanzados de uso público y de telefonía fija, ya que la prestación de servicio a través de terminales de uso público es una modalidad de prestación”.*
- 6.2.4. *“Al momento de elaboración del presente informe se tiene un leve esbozo del mercado relevante lo que no permite la determinación de la existencia de poder de mercado de parte del operador económico denunciado”.*
- 6.2.5. *“Considerando la información que hasta este momento tiene este órgano de sustanciación, no es suficiente para considerar el establecimiento de medidas preventivas”.*

6.3.- Adicionalmente, del requerimiento formulado por esta Comisión, la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas remitió el 6 de mayo de 2015 la Ampliación al Informe Nro. SCPM-IIAPMAPR-054-2015, en el cual concluye que:

- 6.3.1. *“Las cláusulas de exclusividad que están bajo objeto de análisis y la determinación de ser o no injustificadas puede determinarse solamente dentro del proceso investigativo del respectivo expediente”.* 

6.3.2. “[...] dentro de la investigación el análisis de sustituibilidad del producto y servicio es trascendental ya que este servicio a través de terminales de uso público puede ser prestado por concesionarios de Servicio Móvil Avanzado y prestadores de telefonía fija, y por tanto al momento no es posible determina la ostentación o no de poder de mercado por parte del operador económico OTECEL S.A.; de esta manera, no se podría determinar si las cláusulas de exclusividad son abusivas”.

6.4.- Finalmente, en atención al último requerimiento formulado por esta Comisión mediante providencia de 20 de mayo de 2015, a las 14h05, la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas remitió, el 10 de junio de 2015, el Informe SCPM-IIAPMAPR-079-2015 que es ampliatorio del Informe No. SCPM-IIAPMAPR-064-2015 y concluye que:

6.4.1. “[...] dentro del proceso investigativo que se lleva a cabo en la IIAPMAPR, aún no se ha definido si el operador económico OTECEL S.A. ostenta o no poder de mercado. Por lo anterior, no es posible establecer al momento si las cláusulas de exclusividad incluidas en los contratos de reventa de servicios de telecomunicaciones serían abusivas o injustificadas.”.

6.4.2. “De encontrarse en el proceso investigativo que el operador económico OTECEL S.A. posee poder de mercado y que las cláusulas de exclusividad encontradas en los contratos pudieren estar generando afectaciones al mercado, esta intendencia solicitará a la CRPI la aplicación de medidas preventivas sobre dichas cláusulas.”.

6.5.- Las medidas preventivas se establecen en los artículos 62 de la LORCPM y 73 del Reglamento de la LORCPM, siendo de naturaleza jurídica cautelar que pueden ser adoptadas dentro de un procedimiento de investigación en curso, cuando se cumplan los requisitos exigidos por la norma legal y reglamentarias antes citadas, por lo tanto, constituyen medidas dependientes de una acción principal.

Desde el punto de vista legal y reglamentario, el objeto de las medidas preventivas es preservar las condiciones de la competencia y evitar una grave lesión o daño que pudieran causar las conductas investigadas, que afecte a la libre concurrencia de los operadores económicos, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, para lo cual se debe determinar a priori si el operador económico denunciado, OTECEL S.A., posee o no poder de mercado, requisito sine qua non para determinar si cometió o no una infracción; sin embargo, de lo manifestado por la IIAPMAPR, en su informe de 10 de junio de 2015, se advierte que aún no se ha podido determinar si el operador económico denunciado posee o no poder de mercado y consecuentemente no es posible al momento establecer si las cláusulas de exclusividad incluidas en los contratos de reventa de servicios de telecomunicaciones son abusivas o injustificadas.

6.6.- En consecuencia, conforme se desprende de las reflexiones de orden jurídico expresadas anteriormente y de los elementos facticos existentes en el expediente, no se ha acreditado hasta el momento la necesidad para la adopción de las medidas preventivas requeridas por las compañías CONVERGENCETEH S.A. y TECEMOVIL S.A., en contra de OTECEL S.A.

SÉPTIMO.- DECISIÓN.- Por lo expuesto la Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de las atribuciones, establecidas en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado,

RESUELVE:

1. **Acoger** los Informes SCPM-IIAPMAPR-054-2015, de 31 de marzo de 2015; SCPM-IIAPMAPR-064-2015, de 05 de mayo de 2015; y, SCPM-IIAPMAPR-079-2015, de 10 de junio de 2015 remitidos a esta Comisión por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.
2. Al amparo de lo previsto en el artículo 3 del Reglamento de la LORCPM **se califica de confidencial** los Informes SCPM-IIAPMAPR-054-2015, de 31 de marzo de 2015; SCPM-IIAPMAPR-064-2015, de 05 de mayo de 2015; y, SCPM-IIAPMAPR-079-2015, de 10 de junio de 2015 remitidos a esta Comisión por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.
3. **Negar** la solicitud de adopción de medidas preventivas requeridas por el señor Armando Antonio Elao Falcones, en su calidad de Presidente del Directorio y representante legal de la compañía CONVERGENCETECH S.A. y Gerente y representante legal de la compañía TECEMOVIL S.A., en contra de OTECEL S.A.
4. Ordenar el **archivo** del presente expediente administrativo, signado con el número SCPM-CRPI-2015-015.
5. Actúe en calidad de Secretario Ad-hoc de la Comisión al abogado Christian Torres Tierra.-**NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y PUBLIQUESE.-**

Ab. Juan Emilio Montero Ramírez
PRESIDENTE

Dr. Agapito Valdez Quinonez
COMISIONADO

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
COMISIONADO

