



- **Órgano Resolutor:** SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.
- **Órgano de Investigación:** INTENDENCIA DE INVESTIGACIÓN DE ABUSO DEL PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS.
- **Procedimiento:** INVESTIGACIÓN N°. 10-2013.
- **Denunciante:** TEVECABLE S.A.
- **Administrado:** DIRECTV ECUADOR CIA. LTDA.

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-** Quito, DM, 25 de septiembre del 2014, a las 9h45- **VISTOS.-** Avoco conocimiento de este expediente en mérito al recurso de apelación interpuesto por la denunciante, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme al nombramiento cuya copia certificada consta en el proceso. Por lo expuesto y en uso de mis facultades legales, **DISPONGO:**

**PRIMERA.- COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en los Artículos 44 numeral 2 y 67 de la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, el Superintendente es competente para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto.

**SEGUNDA.- DESIGNACIÓN DE SECRETARIA.-** Designo como Secretaria ad-hoc a la licenciada Verónica Martínez Ortiz, quien estando presente acepta el cargo, jura desempeñarlo con estricto apego a la Ley y Reglamento y firma en forma conjunta.

**TERCERA.- DOCUMENTOS QUE SE AGREGAN AL EXPEDIENTE.-**

1. En 21 fojas, escrito de fecha 12 de agosto de 2014, las 12h45, presentado por el señor Jorge Benito Schwatzs Rebinovich, en calidad de Presidente Ejecutivo y representante legal de la compañía TEVECABLE S.A., que contiene nuevos elementos de convicción para la decisión final de la administración.
2. En 7 fojas, escrito de fecha 25 de agosto de 2014, las 10h37, presentado por el señor José Daniel Gómez Pérez, en calidad de Presidente y representante legal de la compañía DIRECTV ECUADOR CIA. LTDA., contentivo de la pretensión de desestimar la apelación presentada por TEVECABLE S.A.
3. En una foja útil el escrito suscrito por el Abg. Daniel Castelo Guerrero, a nombre de DIRECTV ECUADOR CIA. LTDA, de fecha 02 de septiembre de 2014, las 13h55, mediante el que solicita copia simple de los documentos integrantes del expediente en el cual se tramita el Recurso de Apelación.
4. En 3 fojas, escrito de fecha 05 de septiembre de 2014, presentado por el señor Jorge Benito Schwatzs Rebinovich, en calidad de Presidente Ejecutivo y representante legal de la compañía TEVECABLE S.A., que contiene una solicitud de peritaje.

**CUARTA.- LEGALIDAD DEL RECURSO INTERPUESTO.-** La denunciante TEVECABLE S.A ha presentado su recurso dentro del término legal, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 67 de la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado .

**QUINTA.- PROVIDENCIA IMPUGNADA.-** TEVECABLE S.A., en su condición de denunciante, impugna vía apelación la Resolución emitida por el señor Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas restrictivas, el día 26 de mayo del 2014 a las 10h00, que obra a folios 2828 al 2840, quien después de un amplio análisis, resuelve: “**PRIMERO.-** Por cuanto no se establece la existencia de la comisión de las conductas investigadas en el presente procedimiento administrativo, ni la responsabilidad del operador económico alguno(sic), se ordena el archivo del expediente No. SCPM-IIAPDMAPR-2013-010”.-

**SEXTA.- IMPUGNACIONES Y ALEGACIONES DE LA PARTE RECURRENTE:**  
Los argumentos esgrimidos por la denunciante se contraen a los siguientes:

**1. La incorrecta delimitación del mercado relevante:**

La parte denunciante que interpone el recurso de apelación sostiene que la resolución no es clara al momento de definir el mercado relevante sobre el que se deben aplicar los análisis necesarios para la determinación de las conductas infractoras. Arguye en este sentido que la mencionada indefinición del mercado relevante ha ocasionado que en la resolución recurrida se utilicen argumentos irrelevantes para el análisis de las conductas infractoras, al momento de referirse a mercados que no son los realmente relevantes, y que por ende, se motiva el archivo con premisas falsas no aplicables al caso.

**2. Mercado relevante en el presente caso:**

En lo relativo a este tópico, el recurrente manifiesta que el mercado relevante es el de “reventa de los derechos del fútbol para el servicio de audio y video por suscripción” y que sobre este mercado y no sobre otro distinto es que debió recaer el análisis y argumentos para determinar si existían o no las conductas denunciadas. Sustenta sus asertos mediante la explicitación de postulados doctrinarios de la Comisión Nacional de la Defensa de la Competencia de Argentina y la Comisión Nacional de la Competencia de España, que en sus partes pertinentes indican: (i) “para definir un mercado se han de identificar las fuentes reales de suministro a las que pueden recurrir los consumidores”. (ii) “el mercado de producto abarca normalmente todos los productos sustitutivos desde el punto de vista del cliente o consumidor”. (iii) “Si bien es cierto que todas las formas de entretenimiento compiten entre sí, en el sentido que el tiempo total de ocio del consumidor es limitado, ello no implica que todas forman parte de un mismo mercado a los efectos de la defensa de la competencia”. (...) “Dentro del grupo de bienes de esparcimiento, existen demandas definidas para cada uno de los productos que lo componen”. (...) “se debe partir de una definición estrecha del mercado relevante, que comprenda la transmisión en forma codificada del fútbol en vivo para, a partir de allí, identificar aquellos bienes que son efectivamente percibidos como sustitutos por los consumidores de aquel”. (iv) “no son productos sustitutos de la transmisión codificada de fútbol en vivo: ni la televisión abierta, ni los deportes distintos al fútbol, y ni siquiera, las distintas categorías de un mismo campeonato de fútbol.”. (v) “La Comisión Nacional de la Competencia de España, en su informe sobre la Competencia en los Mercados de Adquisición y Explotación de Derechos Audiovisuales de Fútbol de España estableció que el mercado supradicho es un mercado en sí mismo.” Y que (vi) “sostener que el mercado relevante en el presente caso es el conformado por todo el servicio de audio y

video por suscripción, constituye una extralimitación que, insistimos, ha ocasionado una argumentación improcedente.

**3. Los argumentos improcedentes derivados de la incorrecta delimitación del mercado relevante:**

- i) **Error al delimitar el mercado geográfico:** Al delimitar el mercado relevante al servicio de audio y video por suscripción, se ha cometido el error de señalar a todo el territorio nacional como mercado geográfico. Y es que, según expone el recurrente, el mercado geográfico de los partidos del campeonato ecuatoriano de fútbol que se transmite por televisión de pago está constituido únicamente por aquellas ciudades donde está prohibida la transmisión en señal abierta de los partidos de fútbol. Ya que en estas ciudades, por la falta de acceso a los partidos de fútbol en señal abierta, las personas están dispuestas a contratar el servicio pay per view.
- ii) **Supuesta existencia de competidores:** El recurrente arguye que otro argumento improcedente es aquel que considera haberse identificado 14 operadores económicos más en la provisión del servicio de audio y video por suscripción; estadística es que es utilizada para demostrar que existe un mercado competitivo y sin barreras de entrada en el presente caso. Concluye afirmando que este análisis resulta irrelevante por cuanto independiente de cuántos operadores de televisión por suscripción existan, solo DIRECTV tiene en exclusiva los derechos del fútbol por suscripción, quien podrá imponer sus propias condiciones, como lo ha hecho con TEVECABLE S.A.
- iii) **Supuesta inexistencia de una barrera económica de entrada:** Finalmente, el recurrente expone que el argumento esgrimido por el Intendente que considera al valor de los derechos de Plan Fútbol como un costo económico de entrada y no como una barrera económica de entrada, pues ésta existe solo cuando el entrante debe incurrir en costos en los que no incurrieron los competidores incumbentes, es improcedente. Manifiesta como circunstancia de hecho que transcurridos casi dos años desde que DIRECTV adquiriera los derechos de fútbol para la televisión por suscripción, solo el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECCEL es el otro operador que ostenta dichos derechos. Y esto porque el precio de los derechos impuesto por DIRECTV es una clara barrera de acceso que ha impedido a otros cableoperadores que no tienen capitales extranjeros que los subsidien, ingresar a este mercado. Además, manifiesta que los UDS \$2,625,000,00 propuestos por DIRECTV a TEVECABLE S.A., como valor de adquisición de los derechos del fútbol, resultan imposibles de pagar, ya que, de pagarlos, TEVECABLE y cualquier otro cable operador-tendría pérdidas. Finalmente, concluye, en base del Informe sobre la Competencia en los Mercados de Adquisición y Explotación de Derechos Audiovisuales de Fútbol en España que una de las formas de cerrar el mercado es precisamente la puesta a disposición en condiciones onerosas.

**4. Falta de pronunciamiento respecto a la eficiencia económica de los valores cancelados por "DIRECTV" por los derechos del fútbol:**

*El recurrente manifiesta que mediante escrito de 28 de abril de 2014, presentado a las 11h41, solicitó que la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas restrictivas requiera información económica a DIRECTV ECUADOR CIA. LTDA, a efectos de realizar una valoración pericial que determine el valor de los derechos de que se trata, acorde con la realidad económica del mercado. Dicha pericia no fue efectuada por la Intendencia.*

**5. Pretensión:**

*La impugnante solicita se acepte su recurso de apelación, y por tanto, se revoque la Resolución de Archivo emitida el 26 de mayo de 2014, las 10h00, por el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (E), dentro del proceso de investigación número 2013-10, y de esta manera, disponer que se prosiga el correspondiente procedimiento.*

**6. Solicitud de peritaje:**

*Mediante escrito de fecha 05 de septiembre de 2014, el recurrente insiste en que se realice un peritaje económico que determine si los ingresos por la venta de los pertinentes partidos de fútbol en modalidad ppv alcanzan a cubrir tan solo los costos de adquisición de los derechos que pagó DIRECTV y si TEVECABLE S.A. pudiese pagar los valores fijados por DIRECTV sin incurrir en pérdidas, además de demostrar lo ineficiente, elevado e injustificado del precio de venta fijado por DIRECTV a TEVECABLE S.A. por los derechos del fútbol.*

**SEPTIMA.- ANÁLISIS.-**

*Para resolver la impugnación vía recurso ordinario vertical de apelación, se hacen las siguientes consideraciones:*

- 1. El operador económico TEVECABLE S.A. ha esgrimido como argumento a su favor que la Intendencia a quo no ha despachado su solicitud realizada mediante escrito de fecha 28 de abril de 2014, las 11h41, respecto de la pericia conducente a determinar la infracción denunciada; esto es, que se requiera a DIRECTV ECUADOR CIA. LTDA. información económica a efectos de realizar una valoración pericial que determine el valor de los tantas veces mencionados derechos, acorde con la realidad económica del mercado. Esta solicitud se la ha realizado oportunamente, dentro del término probatorio, constante en providencia de fecha 12 de junio del 2013, las 13h00.*
- 2. No se evidencia de los méritos y elementos de convicción del expediente que se haya practicado el mencionado peritaje, o que se haya valorado la pertinencia, idoneidad, conducencia o utilidad de la solicitud. En consecuencia, se ha vulnerado el derecho subjetivo de probar del operador económico TEVECABLE S.A., toda vez que la Intendencia a quo es el sujeto pasivo de tal derecho y se hallaba en la obligación jurídica de decretarla y practicarla de conformidad con el debido proceso.*



3. De lo anterior se colige la violación del derecho fundamental a la defensa de TEVECABLE S.A, consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República, y en consecuencia, la del debido proceso en el caso sub lite, que constituye presupuesto para el desenvolvimiento normal y válido del procedimiento<sup>1</sup>. Como es consabido, de acuerdo con el artículo 424 de la Constitución de la República, todo acto del poder público deberá mantener conformidad con las disposiciones constitucionales so pena de ineficacia jurídica; consecuentemente, y por haberse violado el derecho de defensa de TEVECABLE S.A., la resolución de archivo impugnada (producto de un procedimiento viciado de nulidad) no surte efectos jurídicos. Esta autoridad administrativa jerárquica, por tanto, no puede pronunciarse sobre el fondo del asunto y tomar una decisión final.
4. La Administración, en ejercicio de su potestad de autotutela, es competente para dejar sin efecto cualquier acto administrativo nulo de pleno derecho (actos irregulares), explícito o presunto, aun cuando de éste se pueda sostener que se han generado derechos para el administrado, pues, es evidente que los actos nulos de pleno derecho no se pueden consentir, ya que afectan el orden público, algo que trasciende al mero interés del destinatario del acto administrativo<sup>2</sup>.

**OCTAVA.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-** Respecto al recurso de apelación se hacen las siguientes consideraciones jurídicas, puesto que la esencia del recurso de apelación es el control de la legalidad:

1. La CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, dispone: "Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes"; además, consagra: "Art. 11: El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento. (...) 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. (...) 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. (...) El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos."; y en forma imperativa prevé: "Art. 76.- 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: (...) 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

<sup>1</sup> Devis Echandía, Hernando. Teoría general del proceso. 3ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Universidad, 2004.

<sup>2</sup> Fallo de la Corte Nacional publicado en la Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 3. Página 1104.

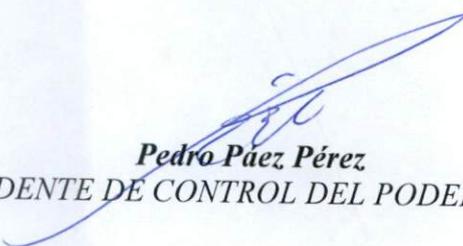
- con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. (...)
2. La LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO, dispone: “Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.- Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control del Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición. El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo recurrido. Transcurrido dicho término sin haberse interpuesto el recurso, el acto administrativo será firme para todos sus efectos. El recurso se concederá solo en el efecto devolutivo. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de 60 días calendario. Contra el acto o resolución que conceda o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa”. Y en la disposición general primera de nuestra misma Ley, se ordena: “En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables”.
  3. La SUPLETORIEDAD es un principio universal de Derecho, y en nuestra LORCPM consta en el último inciso de la Disposición General Primera que dispone: “En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables”. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se ha pronunciado sobre la normativa aplicable al procedimiento administrativo: “... a falta de disposiciones expresas para un procedimiento administrativo hay que recurrir a las normas del derecho común -en este caso al Código Adjetivo Civil- con mayor razón si sus disposiciones son aplicables a todos los juicios e instancias.” (TCA. Boletín N° 8, 1987, p. 38).
  4. El CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, dispone: “Art. 323.- Apelación es la reclamación que alguno de los litigantes u otro interesado hace al juez o tribunal superior, para que revoque o reforme un decreto, auto o sentencia del inferior”; “Art. 326.- Se puede apelar de las sentencias, de los autos y de los decretos que tienen fuerza de auto. Sin embargo, no son apelables los autos o decretos que no ocasionan gravamen irreparable en definitiva, ni aun cuando condenen en costas y multas; y, en general, toda decisión a que la ley deniegue este recurso. Tampoco son apelables las providencias sobre suspensión o prórroga de términos, las que conceden términos para pruebas, las que manden practicarlas, las que califiquen interrogatorios, las que concedan términos extraordinarios, y las demás de mero trámite”. “Art. 330.- La apelación se debe interponer ante el juez de cuya resolución se apela, y para ante el superior inmediato; pero no hay necesidad de expresar cuál es el juez o tribunal para ante quien se apela”; y, “Art. 334.- El juez para ante quien se interponga el recurso, puede confirmar, revocar o reformar la resolución apelada, según el mérito del proceso, y aun cuando el juez inferior hubiese omitido en su resolución decidir alguno o algunos de los puntos



-58-  
Cinco to  
y ocho.

controvertidos. En este caso, el superior fallará sobre ellos, e impondrá multa de cincuenta centavos de dólar a dos dólares con cincuenta centavos de dólar de los Estados Unidos de América por esa falta”.

**NOVENA.- RESOLUCIÓN.-** Por lo todo expuesto, amparado en lo que dispone el Art. 334 del Código de Procedimiento Civil, Art. 44 numeral 2 y Art. 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta autoridad jerárquica, **RESUELVE:**  
**Primero.-** Se acepta parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la denunciante TEVECABLE S.A., contra la resolución emitida por el señor Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas restrictivas, el día 26 de mayo del 2014 a las 10h00, que obra a folios 2828 al 2840, se la revoca y se la deja sin efecto jurídico alguno y se dispone al Intendente de Abuso del Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas proceda conforme a lo dispuesto en la LORCPM, el RLORCPM y demás normas jurídicas pertinentes. La revocatoria se la declara a cargo del ex Intendente de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, economista Carlos Chavarría, quien emitió la providencia;.- **Segundo:** Provéase de acuerdo a lo solicitado por DIRECTV, mediante escrito de 02 de septiembre de 2014, las 13h55;.- **Tercero:** Devuélvase el expediente para los fines legales consiguientes.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**



**Pedro Páez Pérez**

SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.



**Verónica Martínez Ortiz.**  
SECRETARÍA AD-HOC.

