

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-013-2017

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-

Quito D.M., 09 de mayo de 2017, a las 08h40.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Presidente de la Comisión, al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado, y al doctor Diego Xavier Jiménez Borja, Comisionado, según los actos administrativos correspondientes, quienes en uso de sus atribuciones legales disponen agregar al expediente el memorando No. SCPM-IIPD-017-M de 25 de abril de 2017, suscrito por el economista Alfredo Bermeo Valdivieso, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales (S), mediante el cual remite el Informe Técnico No.008, enviado a través del sistema SIGDO, constante en catorce páginas (14) sobre adopción de medidas preventivas. Por corresponder al estado procesal del presente expediente administrativo el de resolver, para hacerlo considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI) es competente para resolver la petición de adopción de medidas preventivas solicitadas por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en contra del operador económico **SERVISKY S.A.**, por mandato legal contenido en los artículos 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y 73 y siguientes de su Reglamento de Aplicación.

SEGUNDO.- VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.- La solicitud de medidas preventivas ha sido tramitada de conformidad con las disposiciones contempladas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento de Aplicación, observando para el efecto las garantías básicas del debido proceso, derecho de defensa y seguridad jurídica, 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 trámite, razón por la cual, se declara la validez procesal.

TERCERO.- ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.-

3.1.- El 17 de febrero de 2017, a las 14h58, el **Dr. CLEMENTE JOSÉ VIVANCO**, en su calidad de Procurador Judicial del operador económico **SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A.**, presentó en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de mercado (en lo sucesivo SCPM) una denuncia en contra del operador económico **SERVISKY S.A.**, mediante la cual señala lo siguiente:

3.1.1.- Afirma que: (...) *Mediante Contrato De Cesión De Derechos Del Campeonato Ecuatoriano De Fútbol celebrado el 10 de Enero de 2017, CADENA ECUATORIANA DE TELEVISIÓN C.A. CANAL 10 C.E.T.V. y COMPAÑÍA TELEVISIÓN DEL PACIFICO TELEDOS S.A. GAMA TV, cedieron a favor de SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A., los DERECHOS, de conformidad con los términos y condiciones establecidas en este instrumento, del campeonato ecuatoriano de fútbol que comprenden la exclusividad sobre los derechos de transmisión de todos los partidos que jueguen todos los equipos de la primera A y primera B organizados por la Federación Ecuatoriana de Futbol —FEF durante*

la temporada 2017, en vivo y diferido, así como sobre los destacados ("highlights") (duración hasta 20 minutos por partido), para su explotación únicamente a través de todos los medios audiovisuales dentro del territorio de la República del Ecuador (...)"

3.1.2. Sostiene que: "(...) Me he percatado que SERVISKY S.A., está retransmitiendo en la web, de manera no autorizada, la difusión por parte de mi Mandante de los partidos de fútbol detallados en el numeral 1. Tal retransmisión se la está realizando a través del portal web <http://elcanaldelfutbol.com/futbol-ecuador/home> y también se han subido los partidos de fútbol de fechas pasadas en su canal de YouTube denominado "El Canal del Fútbol": https://www.youtube.com/Ichannel/UComm7W4U1S_sIP4Q1j-afQQ. Tanto la página web como el canal de YouTube pertenecen a la Accionada (...)"

3.1.3.- Manifiesta que: "(...) Con fecha 10 de Febrero de 2017, se remitió a la Accionada una Carta Advertencia por la retransmisión ilegal de los partidos de fútbol de los equipos de la primera A y primera B organizados por la FEDERACIÓN ECUATORIANA DE FÚTBOL —FEF—, cuyos derechos de transmisión fueron cedidos exclusivamente a mi Mandante, apercibiendo al infractor por tal ilegalidad. Sin embargo, dicha carta no tuvo contestación alguna. Una copia de este Carta Advertencia la podrá encontrar adjunta al presente escrito (...)"

3.1.4.- Indica que: "(...) Mi Mandante cuenta con el derecho de prohibir la retransmisión de sus emisiones, por parte de cualquier tercero, sobre todos los partidos que jueguen todos los equipos de la primera A y primera B organizados por la FEF. Lo dicho en base al propio Contrato enunciado en el numeral 1 del acápite I del presente escrito, el cual en su cláusula relativa a la EXCLUSIVIDAD estipula: 1.7 Exclusividad. (...) TEVECABLE, deberá realizar sus mejores esfuerzos para gestionar las acciones legales correspondientes para evitar cualquier tipo de transmisión no autorizada. (El subrayado y negrillas me pertenece) (...)"

3.1.5.- Describe que: "(...) La conducta detallada en el acápite que antecede, claramente constituye una PRÁCTICA DESLEAL en grave perjuicio de los intereses de mi Mandante y del público consumidor. Lo dicho dado que la Denunciada se encuentra explotando y retransmitiendo sin autorización la señal de mi Mandante de los partidos de fútbol de los equipos de la primera A y primera B organizados por la FEF para la temporada 2017, cuyos derechos de transmisión fueron cedidos exclusivamente a mi Mandante (...)" "(...) Como si tal retransmisión no fuera suficiente para probar la ilegalidad en la que la Accionada está incurriendo, ésta además está obteniendo contraprestaciones económicas por éste ilícito donde carga a sus usuarios un valor por acceder a tales partidos y de los que por supuesto mi Mandante no ha sido reconocida bajo ningún concepto (...)" "(...) Asimismo, SERVISKY S.A. se encuentra engañando al público consumidor induciéndolo a consumir un servicio de origen ilegal, ya que en su propia página web asevera: "Vive a través de El Canal del Fútbol todos los partidos del campeonato ecuatoriano, porque somos el único sitio oficial autorizado para su transmisión y retransmisión (...)" "(...) Tal ilícito se puede claramente evidenciar de la simple visita a la página web de la Accionada, así como a su canal de YouTube, tal y como detallaremos a lo largo de este escrito (...)"

3.2.- Mediante memorando No.SCPM-IIPD-151-2017-M de 15 de marzo de 2017, suscrito por la abogada María Luisa Alvear, Intendente de Prácticas Desleales (S), según providencia de 07 de marzo de 2017, a las 17h34, dispone lo siguiente: “(...) Remitir copia de la denuncia a la Comisión de como el artículo 54 literales c y f, para lo cual se le confiere el término de tres (3) días; emito las siguientes ÓRDENES PROCESALES: Lo que comunico a usted p (sic) Resolución de Primera Instancia, en virtud de la petición de medidas preventivas solicitadas en el acápite “V. Pretensiones”, numeral 1 en el que menciona: “Se sirva ordenar como Medida Preventiva, el cese inmediato de la conducta desleal de retransmisión de la señal de SETEL S.A. respecto de los partidos de fútbol de los equipos de la primera A y primera B organizados por la FEF para la temporada 2017, cuyos derechos de transmisión fueron cedidos exclusivamente a mi Mandante por el denunciante a efectos que disponga a esta Intendencia lo que en derecho corresponda.(...)”.

3.3.- Esta Comisión con providencia de 17 de marzo de 2017, a las 14h51, avocó conocimiento de la solicitud de medidas preventivas solicitadas por el Dr. Clemente José Vivanco, Procurador Judicial del operador económico **SERVICIOS DETELECOMUNICACIONES SETEL S.A.**, en contra del operador económico **SERVISKY**, y con sujeción a lo que disponen los artículos 62 de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado y Art.74 de su Reglamento de Aplicación, se solicita a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales que en el término de quince (15) días remita a esta Comisión un informe motivado sobre la necesidad de la adopción de las medidas preventivas solicitadas por el operador económico **SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A.**, en contra del operador económico **SERVISKY S.A.**

3.4.- Según memorando No.SCPM-IIPD-172-2017-M de 11 de abril de 2017, suscrito por el abogado Marlon Vinuesa Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, solicita una prórroga de diez adicionales para entregar el Informe Técnico requerido a dicho órgano de investigación, solicitud que es atendida favorablemente mediante providencia de 20 de abril de 2017, a las 17h34, cuando dice: “(...) 4) Esta Comisión acoge favorablemente la petición formulada por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales y le concede el término adicional de diez (10), contados a partir de la notificación de la presente providencia, para que proceda a la elaboración y entrega del Informe Técnico motivado sobre la adopción de las medidas preventivas solicitadas por el Dr. Clemente José Vivanco, Procurador Judicial del operador económico **SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A.**, en contra del operador económico **SERVISKY** (...)”.

3.5.- Mediante memorando No. SCPM-IIPD-017-M de 25 de abril de 2017, suscrito por el economista Alfredo Bermeo Valdivieso, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales (S), se remite a esta Comisión el Informe Técnico No.008 requerido por este órgano de sustanciación y resolución, respecto a la adopción de medidas preventivas solicitadas por el Dr. Clemente José Vivanco, Procurador Judicial del operador económico **SERVICIOS DETELECOMUNICACIONES SETEL S.A.**, en contra del operador económico **SERVISKY**.

CUARTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO.-

4.1.- “Mediante Contrato De Cesión De Derechos Del Campeonato Ecuatoriano De Fútbol celebrado el 10 de Enero de 2017, CADENA ECUATORIANA DE TELEVISIÓN C.A. CANAL 10 C.E.T.V. y COMPAÑÍA TELEVISIÓN DEL PACIFICO TELEDOS S.A. GAMA TV, cedieron a favor de SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A., los DERECHOS, de conformidad con los términos y condiciones establecidas en este instrumento, del campeonato ecuatoriano de fútbol que comprenden la exclusividad sobre los derechos de transmisión de todos los partidos que jueguen todos los equipos de la primera A y primera B organizados por la Federación Ecuatoriana de Fútbol —FEF durante la temporada 2017, en vivo y diferido, así como sobre los destacados ("highlights") (duración hasta 20 minutos por partido), para su explotación únicamente a través de todos los medios audiovisuales dentro del territorio de la República del Ecuador”.

4.2.- “SERVISKY S.A., está retransmitiendo en la web, de manera no autorizada, la difusión por parte de mi Mandante de los partidos de fútbol detallados en el numeral 1. Tal retransmisión se la está realizando a través del portal web <http://elcanaldelfutbol.com/futbol-ecuador/home> y también se han subido los partidos de futbol de fechas pasadas en su canal de YouTube denominado "El Canal del Fútbol": https://www.youtube.com/channel/UComm7W4U1S_sIP4Q1j-afQQ. Tanto la página web como el canal de YouTube pertenecen a la Accionada”

4.3.- “ Con fecha 10 de Febrero de 2017, se remitió a la Accionada una Carta Advertencia por la retransmisión ilegal de los partidos de fútbol de los equipos de la primera A y primera B organizados por la FEDERACIÓN ECUATORIANA DE FÚTBOL —FEF-, cuyos derechos de transmisión fueron cedidos exclusivamente a mi Mandante, apercibiendo al infractor por tal ilegalidad. Sin embargo, dicha carta no tuvo contestación alguna. Una copia de este Carta Advertencia la podrá encontrar adjunta al presente escrito”.

4.4.- “Mi Mandante cuenta con el derecho de prohibir la retransmisión de sus emisiones, por parte de cualquier tercero, sobre todos los partidos que jueguen todos los equipos de la primera A y primera B organizados por la FEF. Lo dicho en base al propio Contrato enunciado en el numeral 1 del acápite I del presente escrito, el cual en su cláusula relativa a la EXCLUSIVIDAD estipula: 1.7 Exclusividad. (...) TEVECABLE, deberá realizar sus mejores esfuerzos para gestionar las acciones legales correspondientes para evitar cualquier tipo de transmisión no autorizada”.

QUINTO.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

5.1.- Constitución de la República del Ecuador.-

El artículo 52 entre los derechos que tienen las personas usuarias y consumidoras consagra: “(...) Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características (...)”.

El artículo 54 en lo atinente a la responsabilidad civil y penal dispone: “(...) Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore. Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas (...)”.

El artículo 66, numerales 15, 25 y 26, respecto a los derechos de libertad prescribe: “(...) el derecho a desarrollar actividades económicas, conforme a 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, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características (...) el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental (...)”.

El artículo. 76 sobre las garantías básicas del derecho al debido proceso dice: “(...) En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
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.
 - 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.
 - j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
 - k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
 - l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos (...)”

El artículo 87 se refiere a las medidas cautelares.- “(...) Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de un derecho (...)”.

Artículo 213 determina que la superintendencia “(...) 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 (...)”.

El artículo 284 entre los objetivos de la política económica en el numeral 8 prevé: “(...) Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes (...)”

El artículo 304 numeral 6 establece que la política comercial tendrá como objetivo: “(...) evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados (...)”.

El artículo 335 en cuanto al intercambio y transacciones económicas se impone al Estado las obligaciones de regular, controlar e intervenir, “(...) cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas (...) definirá 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 (...)”.

El artículo 336 en relación al comercio justo determina que: “(...) El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.”

5.2.- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado – LORCPM.-

El artículo 1 establece el objeto de esta Ley al expresar: “(...) El objeto de la presente ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas (...)”.

El artículo 2 sobre el ámbito de la presente ley estatuye: “(...) 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, así como los gremios que lo agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional (...)”.

El artículo 4 contempla los lineamientos para la regulación y principios en la materia de esta Ley cuando indica: “(...) los lineamientos que se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia del mismo cuerpo legal, son: “(...) 1. El

reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico; 2. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular; y, 5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado (...).”

El artículo 27 en relación a las prácticas desleales estatuye: “(...) Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: 1.- Actos de confusión.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajenos. (...) 2.- Actos de engaño.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial. (...) 4.- Actos de denigración.- Se considera desleal la realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. (...) 5.- Actos de comparación.- Se considera desleal la comparación de la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, inclusive en publicidad comparativa, cuando dicha comparación se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables...”.

El artículo 62 cuanto a las medidas preventivas señala: “(...) 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, tales como la orden de cese de la conducta, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, la adopción de comportamientos positivos, y aquellas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Las medidas preventivas no podrán consistir en la privación de la libertad, la prohibición de salida del país o el arraigo. Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar. En igual sentido, podrá disponer, a sugerencia del órgano de investigación o a pedido de parte, la suspensión, modificación o revocación de las medidas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de emitir la resolución. Cuando la medida preventiva se adopte antes del inicio del procedimiento de investigación, dicha medida caducará si no se inicia el referido procedimiento en un plazo de 15 días contados a partir de la fecha de su notificación.

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

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

Poder de Mercado.-

El artículo 73 se refiere a las 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 pertinentes para preservar las condiciones de competencia afectadas para evitar el daño que pudieren causar las conductas investigadas o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. No se podrán dictar medidas preventivas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales. En ningún caso la propuesta, adopción, suspensión, modificación o revocación de medidas preventivas suspenderá la tramitación del procedimiento (...).

El artículo 74 prevé la adopción de medidas preventivas “(...) El órgano de sustanciación y resolución, durante cualquier etapa del procedimiento podrá, a sugerencia del órgano de investigación o a solicitud del denunciante, dictar la adopción de medidas preventivas por el plazo que estimare conveniente. Si las medidas preventivas hubieran sido solicitadas por el denunciado, el órgano de sustanciación y resolución enviará una consulta sobre su procedencia al órgano de investigación, quien deberá emitir su informe en el término de quince (15) días desde que la consulta fuera recibida. El órgano de sustanciación y resolución emitirá su resolución debidamente motivada en el término de diez (10) días contados a partir de la fecha en que se hubiere recibido el informe del órgano de investigación. La falta de pronunciamiento del órgano de sustanciación y resolución dentro del plazo establecido en el inciso anterior, no podrá ser entendida como aceptación tácita de la petición de las medidas cautelares. Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar (...).

SEXTO.- ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS SOLICITADAS.-

6.1.- Los tratadistas Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, expresan que: “(...) las medidas cautelares sirven como una garantía que impiden la generación de un daño y al mismo tiempo satisface la obtención de una providencia definitiva que cumple con características de consideración y ponderación necesarias para contar con una respuesta justa y efectiva en la garantía de los derechos constitucionales [...] En cuanto al principio de eficacia de la decisión sustentan: “[...] una de las razones por las que se plantea la necesidad de que existan medidas cautelares, es la de evitar que la decisión definitiva resulte ineficaz, debido a que la demora en la expedición de esta, pueda producir la consumación

del daño irreparable, haciendo necesaria la adopción de medidas previas (...)” Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Tomo 2, Centro de estudios y Difusión del Derecho, Quito-Ecuador 2012, Página 89.

6.2.- El jurista en materia de competencia Patricio Secaira Durango, sostiene: “(...) *De modo general, las medidas cautelares pueden entenderse como un conjunto de acciones anticipadas, que puede disponer el juez, para garantizar la potencialidad de la ejecución de una sentencia estimatoria, que pueda expedirse en favor de quien ha planteado un proceso principal, reclamando a otro los daños ocasionados o que se puedan ocasionar. Estas medidas tienen como fundamento de su existencia, la garantía jurisdiccional procesal, de anticipar ciertas decisiones provisionales que permiten evitar, suspender o prohibir ciertos actos que pueden poner en riesgo el cumplimiento de la decisión final que se expida en un juicio principal (...)*” Y más adelante refiere: “(...) *La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado tiene igualmente, disposiciones relacionadas con medidas cautelares que pueden adoptarse en las controversias que se suscitan por cuestiones referentes a los aspectos que regula ese ordenamiento jurídico (...)*” Y añade: “(...) *El artículo 62, establece varias medidas preventivas que puede adoptar la administración, antes o en cualquier estado del procedimiento medidas como: (i) cese de la conducta, (ii) imposición de condiciones, (iii) suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, (iv) adopción de comportamientos positivos; y otros que estime pertinentes para preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar los potenciales daños que puedan producirse y para asegurar la eficacia de la resolución definitiva (...)*”. Derecho Administrativo y Corrección Económica. Memorias Seminario Internacional, Corte Nacional de Justicia, Primera Edición, Quito D.M- Ecuador 2015, Páginas 212 y 216.

6.3.- En la doctrina se le considera "principio de prueba", como justificación, para evitar una predeterminación del Juez desde el inicio. Esta justificación presentada y contrastada, con el resto de la prueba a practicar, necesita una valoración por el Juez. Este principio de prueba, se encuentra muy desarrollado, cuando se regula las medidas cautelares, en el ámbito procesal civil, con el fin de asegurar la sentencia que se dicte en su momento. Esta apariencia de buen derecho no puede confundirse con la razón última que permita sancionarlo, ya que la medida cautelar no ha de requerir un estudio minucioso y detallado de todos y cada uno de los elementos exigibles para decidir en último término acerca de la pretensión de la demanda, a menos de correr el riesgo de prejuzgar o anticipar el fallo “El solicitante debe proporcionar al órgano jurisdiccional elementos bastantes de los que resulte, al menos prima facie, la “verosímil existencia del derecho alegado”, sin perjuicio de relegar al proceso principal la demostración cumplida de su realidad. Para cohonestar la exigencia de celeridad -y consecuente eficacia- con evitación de potenciales abusos, se requiere algo más que la mera alegación del derecho, suficiente, en cambio, para iniciar el proceso de declaración; y algo menos que la certeza rigurosa, necesaria, empero, para la sentencia definitiva. La necesidad de “una justificación de que se ostenta una apariencia de derecho, un “*fumus boni iuris*”, que permita dar crédito inicialmente a la pretensión de aseguramiento...”. En palabras de Patricio Secaira Durango, “(...) *Fumus boni iuris* (-humo-apariencia de buen derecho), que en materia de competencia desleal se explica por las pruebas preliminares que se entregan, en

la demanda, de las cuales se infiere, sin que ello signifique un adelantamiento de opinión judicial, elementos suficientes para que se precautelen bienes, se eviten nuevos actos, se suspendan los que están en ejecución o se prohíban aquellos que potencialmente se produzcan, para de esta manera proteger los daños a los operadores económicos, a los consumidores y al interés público (...)". Obra citada. Página 212.

6.4.- En la ilustrada cita de los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, enseñan que: "*(...) En la sentencia Fac-tortame I de 1990 (donde eran parte, por cierto, pescadores españoles) declaró que un juez nacional podía y debía suspender cautelarmente la aplicación de una Ley cuando esta infringe el Derecho Comunitario, lo que, por cierto, ha causado una verdadera revolución constitucional en Inglaterra, y ello sobre la base del fumus boni iuris o apariencia de buen derecho y del periculum in mora, o peligro de perjuicio serio si la medida se retrasa (...)*". Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Civitas Ediciones, Octava Edición, Madrid 2002, Página 640.

6.5.- La institución jurídica de medidas preventivas desarrollada en los artículos 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y 73 y siguientes de su Reglamento de Aplicación, son 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 reglamentaria antes citadas.

6.6.- 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 presunto 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, lo cual se advierte en el caso sub judice.

6.7.- En la especie, conforme a lo manifestado y en observancia a lo que prescriben los artículos 62 de la LORCPM y 74 de su Reglamento de Aplicación, las medidas preventivas pueden ser adoptadas antes o en cualquier estado del proceso de investigación, dada su naturaleza jurídica cautelar. En el presente caso constata la Intendencia de Investigación de Abuso de

SEPTIMO.- NECESIDAD DE ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS SOLICITADAS POR EL ORGANO DE INVESTIGACIÓN.-

7.1.- En las conclusiones del Informe Técnico 008 constante en el memorando No. SCPM-IIPD-017-M de 25 de abril de 2017, suscrito por el economista Alfredo Bermeo Valdivieso, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales (S), se infiere lo siguiente:

7.1.1.- De la revisión de la página web, como del canal Youtube del operador económico **SERVISKY S.A.**, se evidencia que el referido no ha realizado nuevas transmisiones de la señal del operador económico **SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A.**, se evidencia que aún mantiene activos los links en los cuales se encuentran los partidos de fútbol denunciados por parte del operador económico **SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A.**

7.1.2.- La transmisión de **SERVISKY S.A.**, a través de internet, de la señal del operador económico **SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A.**, puede resultar en la obtención de una ventaja competitiva reflejada en el precio de tarifas de acceso al servicio que puede distorsionar la competencia entre los operadores del sector.

7.1.3.- De la reunión de trabajo mantenida con el asesor comercial del operador económico **SERVISKY S.A.**, se evidencia que el referido operador económico no contó con una autorización expresa por parte del operador económico **SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A.**; tan solo mantuvo conversaciones con una persona vinculada con los accionistas del operador económico denunciante.

7.1.4.- De la reunión de trabajo mantenida con el Gerente General del operador económico **SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A.**, se constata la inexistencia de autorización expresa por parte del referido operador para que **SERVISKY S.A.**, realizara el uso de la señal del operador económico denunciante.

7.1.5.- Así mismo, de la revisión de los elementos probatorios presentados por el denunciante se desprende la existencia de la apariencia de buen derecho.

OCTAVO.- RESOLUCIÓN.- En mérito de las consideraciones y los fundamentos de orden técnico y jurídico que anteceden, la Comisión de Resolución de Primera Instancia.

RESUELVE

1. ACOGER parcialmente el Informe Técnico No.008 constante en el memorando No. SCPM-IIPD-017-M de 25 de abril de 2017, suscrito por el economista Alfredo Bermeo Valdivieso, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales (S), respecto a su petición de adopción de medidas preventivas.

2. ADOPTAR como medida preventiva la prohibición para que el operador económico **SERVISKY S.A.** retransmita, en medios audiovisuales (vía fibra óptica, satelital o internet), la señal del operador económico **SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A.**, relacionada con los derechos de transmisión de todos los partidos que jueguen los equipos de la primera A y primera B organizados por la Federación Ecuatoriana de Fútbol —FEF en la temporada 2017, en vivo y diferido, así como sobre los denominados “destacados”. La presente medida preventiva será de cumplimiento inmediato por parte del operador económico **SERVISKY S.A.** y durará mientras la SCPM realice los procesos de investigación y resolución de la denuncia presentada, adicionalmente, tiene apariencia de buen derecho, es urgente en el tiempo y se ajusta a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretende evitar.

3. Notificar con la presente decisión a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales y a los operadores económicos **SERVISKY S.A.** y **SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A.**

4. Actúe en calidad de Secretario AD–HOC de la Comisión de Resolución de Primera Instancia el abogado Christian Torres Tierra. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez

PRESIDENTE

Dr. Agapito Valdez Quiñonez

COMISIONADO

Dr. Diego Jiménez Borja

COMISIONADO