



EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-012-2021

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 12 de julio de 2021, 10h47.-

Comisionado Sustanciador: Marcelo Vargas Mendoza

VISTOS

- [1] La Resolución No. SCPM-DS-2020-51 de 10 de diciembre de 2020, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió lo siguiente:

“Artículo único.- Reformar el artículo 1 de la Resolución No. SCPM-DS-2019-40 de 13 de agosto de 2019, el cual establece la conformación de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por la siguiente:

Formarán parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, los siguientes servidores designados:

- *Doctor Marcelo Vargas Mendoza;*
- *Economista Jaime Lara Izurieta; y,*
- *Doctor Edison René Toro Calderón.”*

- [2] Las acciones de personal Nos. SCPM-INAF-DNATH-300-2019-A, SCPM-INAF-DNATH-299-2019-A y SCPM-INAF-DNATH-2020-374-A, correspondientes a Marcelo Vargas Mendoza, Presidente de la Comisión, Jaime Lara Izurieta, Comisionado, y Édison Toro Calderón, Comisionado, respectivamente.
- [3] El acta de la sesión extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia de 01 de marzo de 2021, mediante la cual se dejó constancia de que la CRPI designó a la abogada Andrea Paola Yajamín Chauca secretaria Ad-hoc de la CRPI.

CONSIDERANDO

- [4] Que la Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de sus atribuciones legales para resolver, considera:

1. AUTORIDAD COMPETENTE

- [5] La CRPI es competente para conocer y resolver las solicitudes de medidas preventivas, conforme a lo señalado en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del



Poder de Mercado (en adelante “LORCPM”), en concordancia con lo dispuesto en los artículos 73 y 74 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “RLORCPM”), y lo determinado en los artículos 65 a 67 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM (en adelante “IGPA”).

2. IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS.

2.1. Operador económico denunciante y solicitante de las medidas preventivas.

- [6] El operador económico denunciante y solicitante de las medidas preventivas (expediente administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-004-2021), es la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones (en adelante **ASETEL**). Actúa como una organización civil registrada en el Sistema Unificado de Información de las Organizaciones Sociales mediante Código RUOS 0000022915 e identificada RUC 1791425626001, con domicilio en la Av. Amazonas Edificio las Cámaras, piso 12, Quito, Ecuador.¹ Su representante es Jorge Eduardo Cevallos Clavijo y tiene como principal objetivo el siguiente:

“Promover el desarrollo armónico del sector de las telecomunicaciones, la cooperación entre los miembros de la Asociación, así como la protección y defensa de los legítimos derechos e intereses de los asociados.”²

- [7] En su página web indica como dirección de sus oficinas la Av. 12 de octubre No. 24-562 y cordero, edificio World Trade Center, Torre A. Oficina 303. Correo electrónico j.cevallos@asetel.org.ec.³
- [8] De conformidad con la información plasmada por la Intendencia en el Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-007 de 28 de junio de 2021, sus miembros son los siguientes:

- STIMM SOLUCIONES TECNOLÓGICAS INTELIGENTES PARA MERCAD MOVIL / BRIGHTSTAR
- CONECCEL S.A.
- CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP
- DIRECTV ECUADOR C. LTDA.
- CENTURYLINK ECUADOR S.A. f. MEGADATOS S.A.
- NOKIA SOLUTIONS AND NWTWORK ECUADOR S.A.

¹ Constancia re registro en el Sistema Unificado de Información de las Organizaciones Sociales. Consultada el 4-07-201 en <https://sociedadcivil.gob.ec/directorio>.

² Ibídem.

³ Página web de ASETEL. <https://asetel.org.ec/inicio/contacto/>. Consultada el 5/07/2021.



- PUNTONET S.A. i. TELCONET S.A.
- SETEL / GRUPO TEVECABLE S. A.

2.2. Operadores económico denunciados y cuyo accionar es objeto de las medidas preventivas solicitadas

2.2.1. SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y COMPOSITORES ECUATORIANOS (en adelante SAYCE).

- [9] Según Información alojada en el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (en adelante **SENADI**), **SAYCE** es un “*Organismo de gestión colectiva que gestiona los derechos patrimoniales de los autores sobre sus obras musicales, dramático musical, publicitarias musicales, y en general toda obra musical que sea o no parte de una obra teatral, publicitaria musical, musical, etc. SAYCE se encuentra legalmente constituida desde el 15 de diciembre de 1999*”⁴
- [10] Se encuentra registrada en el SRI bajo el RUC 1790367657001. Su actividad principal es: “*actividades de Organizaciones para la protección y del adelanto de grupos especiales; por ejemplo, grupos étnicos y minoritarios.*” Su representante legal es Gabriel Francisco Garcés Carrillo, identificado con cédula de ciudadanía 1708197049.⁵ Se encuentra ubicada en la Av. República No. 500 y Martín Carrión, Edificio Pucará, Quito, Ecuador. Teléfono 2502273. Correo electrónico info@sayce.com.ec.⁶

2.2.2. ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISIALES (en adelante EGEDA).

- [11] Según Información alojada en el **SENADI**, **EGEDA** es una “*entidad de gestión colectiva que gestiona los derechos de los productores audiovisuales (obras y grabaciones audiovisuales). EGEDA se encuentra legalmente constituida desde 04 de diciembre de 2001.*”⁷

⁴ Datos tomados de https://www.derechosintelectuales.gob.ec/wpcontent/uploads/2019/04/SAYCE_info.jpg. Consultado el 5/07/2021.

⁵ Portal de consultas del SRI. <https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-en-linea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc>. Consultado el 5/07/2021.

⁶ Página web de sayce. www.sayce.com.ec. Consultada el 5/07/2021.

⁷ Datos tomados de https://www.derechosintelectuales.gob.ec/wp-content/uploads/2019/04/EGEDA_info.jpg. Consultado el 5/07/2021.

- [12] Se encuentra registrada en el SRI bajo el RUC 1791822579001. Su actividad principal es: *“servicios de asesoramiento, orientación y asistencia operativa a las empresas y a la administración pública en materia de: diseño de métodos o procedimientos contables, programas de contabilidad de costos y procedimientos de control presupuestario.”* Su representante legal es Hilda María Jiménez Solís, identificada con Cédula de Ciudadanía 1707503825.⁸ Se encuentra domiciliada en la Av. Amazonas No. 37-102 y UNP, edificio Puerta del Sol, Torre Este, séptimo piso, Oficina 705, Quito, Ecuador. Teléfono 2260589. Correo electrónico egeda-ecuador@egeda.com.⁹

3. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

- [13] Mediante escrito presentado 21 de mayo de 2021 y anexos, signados con Id 194069, **ASETEL** solicitó medidas preventivas relacionadas con una denuncia que presentó ante la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante INICAPMAPR). Además, pidió una reunión de trabajo con ánimo explicativo.
- [14] Mediante escrito presentado el 25 de mayo de 2021 y anexo, signado con Id. 194161, **ASETEL** remitió la versión física original de la copia certificada del nombramiento del director ejecutivo y representante legal de ASETEL.
- [15] Mediante escrito presentado el 25 de mayo de 2021 y anexos, signado con Id. 194253, **ASETEL** indicó lo siguiente:

“(4) En cumplimiento a lo ofrecido previamente, ya contando con el recibo de la ventanilla virtual de la SCPM, como Anexo 02 del presente escrito se adjunta una versión actualizada del «Anexo 02» de la Solicitud de Medidas Preventivas, que sería copia simple de la Denuncia incluyendo ahora sí su fe de recepción.

(5) Con ello, se solicita respetuosamente a su Autoridad que agregue esta nueva versión del «Anexo 02» y se lo considere como parte íntegra de la Solicitud de Medidas Preventivas.”

- [16] Mediante *providencia* de 26 de mayo de 2021 expedida a las 09h54, la CRPI dispuso lo siguiente:

“(…)

⁸ Portal de consultas del SRI. <https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-en-linea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc>. Consultado el 5/07/2021.

⁹ Página web de EGEDA. https://www.egeda.ec/EW_Contacto.asp. Consultada el 5/07/2021.



TERCERO.- TENER como parte integrante del escrito de solicitud de medidas preventivas los anexos presentados el por **ASETEL** el 25 de mayo de 2021, signados con Ids. 194161 y 194253.

CUARTO.- TENER como abogados de **ASETEL** a Diego Pérez Ordoñez identificado con C.A.P 4680, Mario Navarrete Serrano identificado con F.A. 17-2012-270, y Gustavo Villacreses Brito identificado con C.A.P. 16276.

QUINTO.- TENER como direcciones de notificación los siguientes correos electrónicos: dperez@pbplaw.com, mnavarrete@pbplaw.com, arubio@pbplaw.com; y, gvillacreses@pbplaw.com.

SEXTO.- SOLICITAR a la INICAPMAPR que, en el término de quince (15) días, emita un informe respecto de la procedencia de las medidas solicitadas, de conformidad con el tercer inciso del artículo 66 del IGPA.

SÉPTIMO.- TRASLADAR a la INICAPMAPR los escritos indicados en el ordinal segundo de la presente providencia.

OCTAVO.- CONVOCAR a una reunión de trabajo a **ASETEL** y a la INICAPMAPR, que se llevará a cabo el martes 1 de junio de 2021 a las 12h00, de conformidad con las reglas indicadas en la parte motiva de la presente providencia.

(...)"

[17] Mediante memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-129 de 31 de mayo de 2021, signado con Id 194880, la INICAPMAPR alertó sobre el hecho de que la denuncia presentada por **ASETEL** aún no ha sido calificada y se excusó de asistir a la reunión de trabajo convocada.

[18] Mediante providencia de 1 de junio de 2021 expedida a las 09h21, la CRPI dispuso lo siguiente:

"(...)

SEGUNDO.- CANCELAR la reunión de trabajo que estaba convocada para el 1 de junio de 2021 a las 12h00.

(...)"

- [19] Mediante memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-140 de 8 de junio de 2021, signado con Id. 195724, la INICAPMAPR informó que procederá con la tramitación del informe de procedencia de medidas preventivas.
- [20] Mediante providencia de 9 de junio de 2021 expedido a las 09h19, la CRPI dispuso tomar nota de lo informado por la INICAPMAPR en el memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-140 de 8 de junio de 2021, signado con Id. 195724.
- [21] Mediante escrito presentado el 8 de junio de 2021, signado con Id. 195865, **ASETEL** solicitó lo siguiente:

“(…)

6. Solicito respetuosamente que se conceda a ASETEL una reunión de trabajo que cuente con la participación tanto de la CRPI como de la INICAPMAPR para explicar la urgencia de la solicitud de medidas preventivas y exponer el impacto material que se causaría de no adoptarlas.

7. Finalmente, tal como mencionó la CRPI, «por la naturaleza cautelar de las medidas preventivas, lo que incluye su factor sorpresa para evitar acciones que impidan la efectividad de las posibles medidas que se pudieren imponer», nos es importante la preservación de este factor sorpresa y solicitamos que no se convoque ni a SAYCE ni a EGEDA.

“(…)”

- [22] Mediante providencia de 11 de junio de 2021 expedida a las 11h36, la CRPI dispuso lo siguiente:

“(…)”

SEGUNDO.- RECHAZAR por improcedente la solicitud de reunión de trabajo presentada por el operador económico **ASETEL**, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO.- INFORMAR al operador económico **ASETEL** que la solicitud de trabajo debe ser dirigida directamente a la INICAPMAPR.

CUARTO.- SOLICITAR al operador económico **ASETEL** que, en el término de tres (3) días presente la respectiva ratificación de la actuación del abogado Gustavo Villacreces Brito, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de la presente providencia.

(...)”

- [23] Mediante providencia de 16 de junio de 2021 expedida a las 10h35, la CRPI dispuso rectificar la providencia de 11 de junio de 2021 expedida a las 11h36, en el sentido de eliminar el párrafo [10] y el dispone **CUARTO**.
- [24] Mediante memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-160 de 28 de junio de 2021, la INICAPMAPR remitió a la CRPI el Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-007 de 28 de junio de 2021.
- [25] Mediante providencia de 30 de junio de 2021 expedida a las 09h12, la CRPI dispuso solicitar a la INICAPMAPR que, en el término de un (1) día, indicara si el informe mencionado anteriormente contenía información confidencial.
- [26] Mediante memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-166 de 1 de julio de 2021, la INICAPMAPR indicó que el Informe no contenía información confidencial.
- [27] Mediante providencia de 02 de julio de 2021 expedida a las 09h36, la CRPI dispuso trasladar a **ASETEL** el informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-007 de 28 de junio de 2021 para que, en el término de dos (2) días, manifieste lo que considere pertinente.
- [28] Mediante escrito presentado el 5 de julio de 2021, signado con Id. 198856, **ASETEL** solicitó lo siguiente:

“(…)”

6. Solicitamos respetuosamente que la CRPI, previo a su resolución, reciba a ASETEL en reunión de trabajo que cuente con la participación tanto de la CRPI como de la INICAPMAPR. Consideramos que la participación de la intendencia es importante para poder exponer el sentido y contexto de la urgencia de las medidas y la inminente afectación a la competencia, además de hechos nuevos que han ocurrido desde que se presentó la solicitud.

7. Finalmente, tal como mencionó previamente esta comisión, «por la naturaleza cautelar de las medidas preventivas, lo que incluye su factor sorpresa para evitar acciones que impidan la efectividad de las posibles medidas que se pudieren imponer», nos es importante la preservación de este factor sorpresa y solicitamos que no se convoque ni a SAYCE ni a EGEDA.”

- [29] Mediante escrito presentado el 06 de julio de 2021, signado con Id. 200027, **ASETEL** solicitó lo siguiente:

“(…)”



2. Conscientes y respetando el reducido término del que dispone la CRPI para resolver, solicitamos respetuosamente a su autoridad que conceda a ASETEL prórroga de 1 día para presentar su pronunciamiento al informe citado en el antecedente.

3. Esta solicitud se realiza en consideración a que ASETEL se encuentra terminando de tabular data adicional para aclarar ante su autoridad la pertinencia y urgencia de las medidas solicitadas en protección de una afectación general.

(...)”

[30] Mediante providencia de 7 de julio de 2021 expedida a las 09h40, la CRPI dispuso lo siguiente:

“(...)”

SEGUNDO.- RECHAZAR por improcedente la solicitud de reunión de trabajo presentada por el operador económico **ASETEL**, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO.- CONCEDER la prórroga por un (1) día del término establecido en la providencia de 2 de julio de 2021 expedida a las 09h36, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de la presente providencia.

(...)”

[31] Mediante escrito presentado el 7 de julio de 2021 y anexo, signado con Id. 200158, **ASETEL** se manifestó en relación con el informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-007 de 28 de junio de 2021 y solicitó lo siguiente:

“(...)”

IV. Solicitud de confidencialidad

44. Solicito a su Autoridad que se declare con carácter de confidencial la sección II.3 del presente escrito, por contener información detallada sobre ingresos, costos, y gastos de uno de los operadores económicos miembros de ASETEL, por lo que constituye información comercial y competitiva sensible cuya divulgación podría causar un daño o perjuicio al operador económico, afectando su posición competitiva y otorgando una ventaja ilegítima a competidores. Para el efecto, adjunto como anexo a este escrito el extracto no confidencial correspondiente.

45. Esta petición se realiza sobre la base de lo prescrito en el art. 47 de la LORCPM, art. 3 de su Reglamento; y, literal b del art. 3, arts. 6 y 9 del Instructivo para el Tratamiento de la Información dentro de la SCPM.

(...)”

- [32] Mediante providencia de 9 de julio de 2021 expedida a las 09h14, la CRPI dispuso lo siguiente:

“PRIMERO.- DECLARAR como confidencial el escrito presentado por el operador económico **ASETEL** el 7 de julio de 2021, signado con Id. 200158.

SEGUNDO.- AGREGAR al expediente en su parte confidencial el escrito presentado por el operador económico **ASETEL** el 7 de julio de 2021, signado con Id. 200158.

TERCERO.- AGREGAR al expediente el anexo del escrito presentado por el operador económico **ASETEL** el 7 de julio de 2021, signado con Id. 200158 (extracto no confidencial).

(...)”

4. FUNDAMENTOS DE DERECHO

4.1. LORCPM.

- [33] El artículo 62 de la LORCPM consagra la figura de las medidas preventivas e indica, a manera ejemplificativa, algunas que se podrían adoptar, así:

Art. 62.- Medidas preventivas.- El órgano de sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de 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.

4.2. RLORCPM

[34] Los artículos 73 a 78 del RLORCPM establecen el procedimiento para la aplicación de medidas preventivas (sección 3). En relación con su adopción, los artículos 73 y 74 establecen una lista no taxativa de las medidas a imponerse, así como ciertas reglas básicas de procedimiento, así:

“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.

En ningún caso la propuesta, adopción, suspensión, modificación o revocación de medidas preventivas suspenderá la tramitación del procedimiento.”

“Art. 74.- 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 denunciante, 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.”

4.3. IGPA

- [35] La primera sección del capítulo X del Instructivo regula el procedimiento de aplicación y gestión de las medidas preventivas (artículos 63 a 72). Los artículos 65, 66 y 67 determinan el procedimiento para su adopción, así:

“Primera Sección PROCEDIMIENTO DE APLICACION Y GESTION DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

Art. 65.- CLASES DE MEDIDAS PREVENTIVAS.- *La CRPI, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación hasta antes de emitir la resolución que ponga fin al proceso investigativo sancionador, podrá, a sugerencia de la Intendencia respectiva o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar mediante resolución motivada las medidas preventivas previstas en los artículos 62 de la LORCPM y 73 del RLORCPM.*

Art. 66.- SUGERENCIA O SOLICITUD.- *El Intendente competente, antes o en cualquier etapa del procedimiento de investigación, podrá sugerir a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, mediante informe motivado, la adopción de medidas preventivas destinadas a alcanzar las finalidades de la Ley. La sugerencia de medidas preventivas podrá estar fundamentada en toda clase de indicios que justifique legal y razonadamente la aplicación de estas.*



El denunciante podrá presentar ante el órgano de investigación la solicitud de medidas preventivas una vez que la denuncia haya sido calificada de clara y completa conforme lo establecido en el artículo 55 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Presentadas las medidas preventivas el órgano de investigación en el término de quince (15) días remitirá a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, un informe respecto de la procedencia de las medidas solicitadas. En el caso de que la solicitud de medidas preventivas sea presentada conjuntamente con la denuncia o antes de que sea calificada de clara y completa, el órgano de investigación se abstendrá de tramitarla hasta que la denuncia cumpla con el presupuesto establecido en el artículo precitado.

Si el denunciante presenta la solicitud de medidas preventivas ante la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en el término de tres (3) días contados a partir de la recepción de la solicitud, la Comisión de Resolución de Primera Instancia requerirá a la Intendencia competente que emita un informe respecto de la procedencia de las medidas solicitadas, concediéndole para el efecto el término de quince (15) días. En el caso de que la denuncia aún no haya sido calificada de clara y completa, el término de quince (15) días empezará a correr a partir de la fecha en que se realice dicha calificación.

Art. 67.- ADOPCIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS.- *Una vez recibido el informe remitido por la Intendencia respectiva, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, tendrá el término de diez (10) días para resolver respecto de las medidas preventivas sugeridas o solicitadas.*

La resolución motivada, entre otros, contendrá los siguientes elementos:

- a. Identidad completa del operador económico;*
- b. Nombres y apellidos del o los representantes legales;*
- c. Dirección que incluirá números telefónicos y correos electrónicos, de tenerlos;*
- d. La determinación clara, objetiva y concreta de las medidas preventivas;*
- e. La disposición a la Intendencia para que realice el seguimiento de la aplicación y cumplimiento de las medidas preventivas, con instrucciones claras y precisas de la forma y periodicidad en la que se debe realizar este seguimiento;*
- f. Prevención legal de que en caso de desacato, de ser procedente, se podrá ordenar la clausura de uno o varios establecimientos en los que se llevó a cabo la actividad objeto de la investigación, sin perjuicio de otras sanciones administrativas;*
- g. Los demás que sean pertinentes.*



Emitida la resolución de adopción de medidas preventivas, la Intendencia competente deberá iniciar el procedimiento investigativo en el plazo previsto en el inciso tercero del artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, caso contrario las medidas caducarán.”

5. DETERMINACIÓN CLARA, OBJETIVA Y CONCRETA DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

[36] **ASETEL** solicitó de manera clara, objetiva y concreta las siguientes medidas preventivas:

“27. Con los precedentes expuestos sobre las SGC, la justificación respecto a la procedencia de esta solicitud, y de acuerdo con lo prescrito en la LORCPM, el RLORCPM, y el Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, solicitamos respetuosamente a su Autoridad la adopción de las siguientes medidas preventivas relacionadas con la denuncia:

a. Que se prohíba a SAYCE y EGEDA iniciar acciones, de cualquier naturaleza, en las que reclamen cobros, hasta que se haya definido la legalidad de los discutidos tarifarios.

b. Para el caso de las acciones ya inicias por SAYCE y EGEDA, que se les prohíba el realizar acciones, de cualquier naturaleza, destinadas a cobrar los montos resueltos, aún cuando otra autoridad —distinta a la SCPM— les haya concedido la razón, nuevamente hasta que se haya definido la legalidad de los discutidos tarifarios.”

6. INFORME SCPM-IGT-INICAPMAPR DE 28 DE JUNIO DE 2021, EMITIDO POR LA INICAPMAPR

[37] El Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-007 de 28 de junio de 2021 concluyó y recomendó lo siguiente:

“8. CONCLUSIONES

[154] En el presente Informe, a priori, se puede concluir que los mercados relevantes identificados, preliminarmente, corresponderían a los siguientes:

En los que participa SAYCE:

i. La prestación de servicios de administración de derechos de autores y compositores de música a los titulares de dichos derechos, a nivel nacional, comprendiendo el periodo octubre 2011 hasta la presente fecha;



- ii. La prestación de servicios de administración de derecho de autores y compositores de música a otras sociedades de recaudación, a nivel nacional, comprendiendo el periodo octubre 2011 hasta la presente fecha; y,
- iii. La concesión de licencias que cubren los derechos de autores y compositores de música de reproducción pública de los usuarios para su explotación, a nivel nacional, comprendiendo el periodo octubre 2011 hasta la presente fecha.

En los que participa EGEDA:

- iv. La prestación de servicios de administración de derechos de productores audiovisuales a los titulares de dichos derechos, a nivel nacional, comprendiendo el periodo octubre 2011 hasta la presente fecha;
- v. La prestación de servicios de administración de derechos de productores audiovisuales a otras sociedades de recaudación, a nivel nacional, comprendiendo el periodo octubre 2011 hasta la presente fecha.; y,
- vi. La concesión de licencias que cubren los derechos de productores audiovisuales de reproducción pública de los usuarios para su explotación, a nivel nacional, comprendiendo el periodo octubre 2011 hasta la presente fecha.

[155] Asimismo, preliminarmente, tanto SAYCE como EGEDA podrían ostentar posición de dominio en los mercados relevantes identificados, en virtud de su estructura del mercado y la autorización que les ha otorgado el ente rector para ser los únicos que, al momento, ejercen actividades de administración de derechos patrimoniales.

[156] En cuanto a los abusos de derecho expuestos por el requirente en su solicitud de medidas preventivas, de los enumerados sólo se considera que el expuesto con respecto a las tarifas anticompetitivas, a priori, existiría.

[157] Pese a que, a priori, se ha determinado la potencial existencia del abuso de poder de mercado, el mismo, de la información que se tiene al momento, solo afectaría a un único miembro de la ASETEL, en este caso DIRECTV.

[158] Asimismo, se determinó que el potencial cobro que las SGC puedan realizar a DIRECTV, dichos montos representarían el 11,1% y 12,2% sobre las utilidades de los años 2017 y 2018; así como, apenas el 1,4% del promedio de los ingresos totales del operador económico en cuestión. Por tanto, la posibilidad de salida de éste por motivo de los cobros, al momento y de la información que se tiene, parecería ser mínima.



[159] De igual manera, y ya que para esta Autoridad las medidas preventivas en Competencia, y en casos de abuso de poder de mercado en específico, deben estar encaminadas a proteger: a) la competencia, b) la eficiencia económica, c) el bienestar general, d) a preservar las condiciones de competencia, e) evitar un daño que pueda causar una conducta; o, f) a asegurar la eficacia de la resolución definitiva, mas no, a la protección de un operador económico en específico, como sería el caso de DIRECTV. No se considera que el operador económico requirente haya corroborado la existencia de un peligro en la demora ni la apariencia de un buen derecho.

[160] Finalmente, las medidas preventivas solicitadas por la ASETEL, a saber:

i) **Que se prohíba a SAYCE y EGEDA iniciar acciones, de cualquier naturaleza, en las que reclamen cobros, hasta que se haya definido la legalidad de los discutidos tarifarios.**

ii) **Para el caso de las acciones ya inicias por SAYCE y EGEDA, que se les prohíba el realizar acciones, de cualquier naturaleza, destinadas a cobrar los montos resueltos, aún cuando otra autoridad —distinta a la SCPM— les haya concedido la razón, nuevamente hasta que se haya definido la legalidad de los discutidos tarifarios. (Énfasis añadido)**

[161] Están encaminadas a conculcar el acceso al derecho a la administración de la justicia, de las SGC, elemento clave de la Tutela Judicial Efectiva, siendo éste un derecho fundamental. Por tanto, conforme a lo dispuesto por la Corte Constitucional en el caso No. 889-20-JP de 10 de marzo de 2021 y en concordancia con el artículo 73 del RLORCPM, incluso en el supuesto no consentido que hubiese un peligro en la demora o una apariencia de buen derecho, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado no podría conceder las medidas preventivas solicitadas por el requirente por conculcar derechos fundamentales.

9. RECOMENDACIÓN

[162] En mérito del análisis realizado en el presente Informe, y los elementos analizados y disponibles al momento, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas recomienda a la Comisión de Resolución de Primera Instancia no conceder las medidas preventivas solicitadas por el requirente.”

7. CONSIDERACIONES Y ANÁLISIS DE LA SOLICITUD DE MEDIDAS PREVENTIVAS.

[38] Que, la CRPI basará su decisión en las siguientes consideraciones:

7.1 Presupuestos para la adopción de medidas preventivas

[39] La CRPI ha adoptado en sus resoluciones dos presupuestos clásicos y fundamentales para la adopción de medidas preventivas¹⁰:

7.1.1. Apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*).

[40] La CRPI ha indicado reiteradamente, basándose en el trabajo de Calamandrei¹¹, que esté presupuesto se presenta cuando existe “*cierto grado de verosimilitud del derecho, por medio del cual la administración no requerirá una demostración plena de veracidad de los hechos, sino únicamente bases razonables para suponer que lo alegado puede ser verdadero.*”

[41] A través de indicios razonables el derecho controvertido debe obrar como verosímil. Por “indicio razonable” se debe entender todo hecho, acto u omisión del que, por vía de inferencia, pueda generar una gran probabilidad de la existencia del derecho controvertido. Esto quiere decir que el derecho controvertido, *prima facie*, se debe desprender de elementos que obren en el expediente sin realizar análisis probatorios complejos, lo que sí debe hacerse al emitir la resolución final. Por lo tanto, el análisis que se debe hacer en estos casos no es de certeza, sino simplemente de apariencia de veracidad. En este sentido, al decretarse una medida cautelar no se está prejuzgando sino protegiendo un derecho que “podría” verse conculcado en extremo. Sobre esto la doctrina especializada ha dicho lo siguiente:

“Fumus boni iuris: en segundo lugar, quien solicita la medida cautelar debe aportar una justificación inicial de su derecho. Este requisito supone que la existencia del derecho controvertido ha de parecer verosímil, es decir, suficiente para que según un cálculo de probabilidades quepa prever que la resolución principal estimará la pretensión del que solicita la medida cautelar. Como ha expuesto parte de la doctrina, para apreciar la existencia del fumus boni iuris «hace falta algo más que la posibilidad y algo menos que la certeza».

(...)

¹⁰ Sobre esto se pueden ver las siguientes resoluciones expedidas por la CRPI: de 08 de febrero de 2019 a las 12h24; de 11 de marzo de 2019 a las 16h45; de 12 de julio de 2019 a las 08h50.

¹¹ La CRPI en las Resoluciones mencionadas en el pie de página anterior, citando a Calamandrei, indica lo siguiente: “*Al respecto, Piero Calamandrei sostiene “(...) la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidad y verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho en función de la sentencia principal; en sede cautelar vasta que el derecho aparezca verosímil (...).*” *Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares. Ref: Buenos Aires 1996. Página 77.*”



... Sin embargo, para la adopción de la medida cautelar basta la aportación de un principio de prueba, y no de una prueba completa, pues si se exigiese prueba plena el proceso cautelar sustituiría al procedimiento principal.”¹²

[42] En la doctrina nacional también se sigue la misma línea:

“fumus boni juris, (humo – apariencia del buen derecho), que en materia de competencia desleal se explica por las pruebas preliminares que se entregan en la demanda de las cuales se infieran, sin que ello signifique un adelantamiento de opinión judicial, elementos suficientes para que 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 el interés público (...).”¹³

[43] Una vez se pueda constatar la apariencia de buen derecho, se puede pasar a determinar el segundo presupuesto conocido por el Peligro en la demora.

7.1.2. Peligro en la demora (*Periculum in mora*).

[44] Es el daño irreparable o de difícil reparación que se produciría o se incrementaría si la medida preventiva no fuera adoptada. El tiempo que transcurre entre la solicitud y la resolución final, de conformidad con la naturaleza del asunto, debe entrañar un riesgo real en la generación o ahondamiento del daño que se pretendería evitar con las medidas. Para evaluar la existencia del mencionado presupuesto, se debe atender a la finalidad de las medidas cautelares, de conformidad con el artículo 62 de la LORCPM: (i) preservar las condiciones de competencia afectadas; (ii) evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere; (iii) asegurar la eficacia de la resolución definitiva.

[45] Este presupuesto es fundamental para dictar las medidas preventivas y da razón de la propia existencia de las mismas, ya que se basa en la prevención y en la urgencia como dinamizadores de su adopción.¹⁴

¹² FOLGUER CRESPO, Jaime y otros. *Las Normas de Defensa de la Competencia: Medidas Cautelares en su aplicación Judicial Directa*. Publicado en Derecho de la Competencia y los Jueces. Págs 254 a 255. En https://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE005-13_Las_normas_defensa_competencia-Varios_autores1.pdf. Consultado el 16/02/2020.

¹³ Secaira Durango, Patricio. *Derecho Administrativo y Corrección Económica*. Memorias Seminario Internacional. Corte Nacional de Justicia. Primera Edición. Quito – Ecuador 16 a 19 de noviembre de 2015. Pág. 212.

¹⁴ Sobre esto se puede ver: CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Editorial Bibliográfica Argentina. 1945. Págs. 40 a 43.

7.2. Características de las medidas preventivas

- [46] El artículo 62 de la LORCPM establece dos características que deben tener las medidas preventivas, a saber:

7.2.1. Necesidad

- [47] Las medidas cautelares deben ser la vía adecuada para evitar el daño, su ahondamiento, preservar las condiciones de competencia, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Deben dictarse si no existe otra medida que pudiere alcanzar dicha finalidad, es decir, si no se presenta otra alternativa eficaz de conformidad con la naturaleza del asunto.

7.2.2. Proporcionalidad

- [48] Las medidas cautelares deben adoptarse teniendo en cuenta la importancia, la naturaleza, la intensidad y el grado de los intereses que se pretenden precautelar. No pueden ser excesivas o generar perjuicios injustificados al administrado. En pocas palabras, debe existir un adecuado balanceo entre la medida a imponer y el perjuicio que se pretende evitar. En este sentido, el inciso 3 del artículo 73 del RLORCPM prevé que: *“No se podrán dictar medidas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales”*.¹⁵

7.3. Análisis de la adopción de las medidas preventivas en el caso concreto

7.3.1. Existencia de la apariencia de buen derecho

- [49] En el escrito de solicitud de medidas preventivas, **ASETEL** argumentó la existencia de abuso de la posición de dominio por parte de **SAYCE Y EGEDA**, que se resumiría así:
- (i) La figura de las Sociedades de Gestión Colectiva (SGC) entraña el establecimiento de monopolios.
 - (ii) En Ecuador la normativa regulatoria es insuficiente o no correctamente aplicada por la autoridad competente (SENADI).
 - (iii) El abuso del poder del mercado se presenta bajo la modalidad del establecimiento de tarifas inequitativas, irrazonables, desproporcionadas y, como consecuencia, anticompetitivas.

¹⁵ Sobre esto se puede ver CASES PALLARES, Lluís. Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia. Marcial Pons, Madrid, 1995. pág. 129.



- Las tarifas que se cobran no están directamente vinculadas a la intensidad del consumo efectivo. Cobran tarifas planas bajo un sistema de licencias de uso general (blanket licenses). Los usuarios pagan por todo el repertorio aunque no lo usen o exploten.

Se calculan los cobros sobre la totalidad de los ingresos de un operador sin tener en cuenta la intensidad del uso. Se presenta como un porcentaje arbitrario de los ingresos que las compañías reciben: 1.25% más IVA de la facturación en el caso de **SAYCE**, y US 3 por abonado en el caso de aplicar la fórmula de **EGEDA**.

- Las tarifas se cobran aun donde la actividad de las SGC no agrega valor. Al cobrar tarifas planas **SAYCE** y **EGEDA** se llevan parte de la ganancia que se soporta en inversión e innovación en la que no han contribuido, es decir, se están aprovechando del esfuerzo ajeno.

Casos análogos se han resultado a nivel internacional, indicando que dichos cobros no son razonables y equitativos.

- Las tarifas anticompetitivas y abusivas se cobran forzosamente a través de mecanismos de retorsión contrarios a la competencia. Cuando no se logra un acuerdo con los usuarios, las SGC usan su tarifario y exigen los pagos mediante procedimientos administrativos o procesos judiciales. Lo indicado se materializa en acuerdos que los usuarios no tienen más remedio que suscribir. Un caso similar fue resuelto por la agencia de competencia española.

Las SGC primero aprueban el tarifario irrazonable, inequitativo y desproporcionado, que posteriormente usan como mecanismo de retorsión para lograr acuerdos privados y confidenciales.

(iv) El abuso de poder de mercado también se presenta bajo la modalidad de la negociación sobre las tarifas para fijar descuentos específicos y discriminatorios.

- **SAYCE** y **EGEDA** discriminan entre clientes mediante tarifarios según la capacidad de pago y mediante negociaciones individuales y secretas. Con esto crean costos adicionales para las compañías que quieren ingresar al mercado. Asuntos análogos ya han sido sancionados en el extranjero.

(v) **SAYCE** y **EGEDA** crean barreras específicas para impedir la competencia potencial. Firman contratos de adhesión con los titulares de los derechos en los que se plasman cláusulas donde se otorga de forma exclusiva todas las modalidades de reproducción, presentes y futuras, sobre el género de la obra. Lo anterior se magnifica por la falta de transparencia que impide acceder a la totalidad de los contratos que suscriben. Casos análogos han sido resueltos en Europa y Latinoamérica.

[50] La **INICPD** en el informe indicó lo siguiente en relación con el supuesto abuso de la posición de dominio de **EGEDA** y **SAYCE**:

“(…)

[107] *Es así que, se observa que las actuaciones mencionadas podrían estar afectando la competencia en el mercado identificado, por lo que podría existir un abuso de poder de mercado a través de la implementación de tarifas anticompetitivas. Sin embargo, dicho impacto dependerá directamente de la cantidad de operadores económicos, miembros de ASETEL, que se encuentran siendo afectados, lo cual es incluso más relevante en el requerimiento de medidas preventivas realizadas, tomando en cuenta que el objeto de protección del abuso de poder de mercado no es la protección de un operador económico en solitario, sino la protección de la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general, objetivos totalmente concordantes con lo que buscan proteger las medidas preventivas conforme lo prescrito en el artículo 62 de la LORCPM.*

[108] *Ahora, en cuanto a los tarifarios discriminatorios y las negociaciones secretas de las SGC con los distintos operadores económicos miembros de ASETEL, como se expuso anteriormente, al no tener al menos dos tarifarios de dos miembros de la ASETEL, no se puede realizar el mínimo análisis requerido.*

[109] *Por tanto, pese a que, a priori, se podría hablar del posible cometimiento de una conducta anticompetitiva, se debe tomar en cuenta que ASETEL, en su pedido de medidas preventivas, solo ha expuesto cómo el cobro de las tarifas por parte de EGEDA y SAYCE ha afectado o afectarían a DIRECTV, en específico, es decir, a un único miembro de la ASETEL, sin brindar mayores elementos de sus demás asociados, a pesar de que en reiteradas ocasiones se señala que serían sus miembros los afectados.*

[110] *Por tal razón, se debe analizar si se puede considerar como afectación a las condiciones de competencia, eficiencia económica o el bienestar general, el detrimento a un solo miembro de la ASETEL, en esta caso DIRECTV y si dicho detrimento efectivamente existe.*

(…)

7.2. DEL FUMUS BONI IURIS / APARIENCIA DE BUEN DERECHO EN LA SOLICITUD DE MEDIDAS PREVENTIVAS REALIZADA



[141] Conforme lo manifestado, se evidencia que, a priori, existiría un potencial abuso de poder de mercado por parte de las SGC en contra de al menos un miembro de la ASETEL: DIRECTV.

[142] Asimismo, de la información presentada por el SENADI se puede colegir que existen intentos de cobro por parte de las SGC a dos miembros adicionales de la ASETEL. Sin embargo, la diferencia de lo que ocurre con DIRECTV, radica que, al momento, no existen indicios de que las SGC hayan iniciado acciones penales como mecanismos de retorsión. Por tanto, las acciones incoadas ante el SENADI estarían amparadas en el derecho de acción que tiene todo operador económico en cualquier Estado de Derecho y que en Ecuador es protegido en el artículo 75 de la CRE, sin embargo deberán ser analizadas en conjunto con la información que eventualmente esta autoridad recopile, a fin de determinar si las mismas podrían configurarse como un abuso de poder de mercado.

[143] Asimismo, nuevamente es pertinente exponer que para esta Autoridad las medidas preventivas deben estar encaminadas a proteger: a) la competencia, b) la eficiencia económica, c) el bienestar general, d) a preservar las condiciones de competencia, e) evitar un daño que pueda causar una conducta; o, f) a asegurar la eficacia de la resolución definitiva; más no, a la protección de un operador económico en específico, como sería el caso de DIRECTV, al ser de este operador económico, la información disponible.

[144] De esta manera, y ya que, al momento, no es posible determinar la posible afectación a la ASETEL en su conjunto o a otros miembros de esta asociación, esta Autoridad considera que no existe una apariencia de buen derecho.

(...)”

[51] En escrito presentado el 7 de julio de 2021 y anexo, signado con Id. 200158, **ASETEL** indicó lo siguiente:

“(…)”

II.2. La discriminación entre algunos de los miembros de ASETEL se manifiesta más allá de las acciones ante el SENADI o los acuerdos confidenciales

8. Para poner la situación actual en contexto la CRPI debe considerar que los miembros de ASETEL están en diferentes situaciones. Existen ciertas compañías como TVCable que consideran que, bajo los tarifarios y en las



circunstancias actuales, SAYCE y EGEDA no pueden reclamarle ningún pago. TVCable no ha cancelado valor alguno ni tampoco ha llegado a acuerdos con SAYCE o EGEDA.

9. Por su lado, CNT llegó a un acuerdo confidencial con las SGC. CNT ha decidido no compartir el texto de ese acuerdo ni revelar los montos pactados. El deseo de CNT de no provocar a las SGC, sino simplemente acogerse a un acuerdo privado que seguramente es más favorable que el pago de las tarifas anticompetitivas completas, dice mucho sobre el temor a ser objeto de acciones donde se demande el cobro de los montos totales.

10. Por último, DIRECTV actualmente se encuentra —o se encontraba— negociando acuerdos con SAYCE y EGEDA. Como las negociaciones no progresaban en los términos que las sociedades deseaban y DIRECTV es la compañía líder del mercado, se convirtió en el objetivo perfecto de SAYCE y EGEDA para mandar un claro mensaje a TVCable y CNT: lleguen a un acuerdo, cúmplalo, o se enfrentarán a procesos que pueden llevarlos a la ruina. Y la utilización de estos mecanismos —amenaza con tarifarios exorbitantes, negociaciones secretas, y acciones de cobros contra ciertas empresas— funciona: CNT se excusó de participar en la denuncia y no aportó información.

11. Incluso después de la presentación de la acción las sociedades continúan empleando estos mecanismos paralelos. Continúan sus acciones con DIRECTV pero, por otro lado, intentan reunirse con sus competidores. Hace pocos días TVCable recibió un correo de EGEDA solicitándole una reunión que fue cancelada horas antes de producirse. ¿Cuál era el objetivo de la reunión? No lo conocemos, pero podría ser que EGEDA busca que TVCable tome una posición similar a la de CNT: no colabores y a cambio tendrás una importante reducción en el monto que debes pagar por tarifas.

12. La relevancia de DIRECTV en estas circunstancias es que su caso es el ejemplo de cómo se materializará la discriminación. DIRECTV está a punto de ser condenada y tener que pagar un monto que le obligará, al corto plazo, a (i) limitar su contenido premium, (ii) subir el precio a sus suscriptores, o (iii) detener la adopción de desarrollos en su portafolio de productos. Y, al mediano, incluso a salir del mercado.

13. La INICAPMAPR concluye que no es posible verificar, tan solo con la información de DIRECTV una potencial discriminación. Sin embargo la solicitud de las medidas debe mirarse en su conjunto: DIRECTV enfrenta procesos que están próximos a concluir y que afectarán severamente su capacidad de competir; por su lado, TVCable se ha negado a pagar las tarifas y no tiene un proceso donde se reclame un monto millonario, por lo



que al corto plazo TVCable tendrá una estructura de costos mucho más ligera que la de DIRECTV, otorgándole una ventaja competitiva; y por último, CNT ha decidido aceptar el acuerdo que tiene con SAYCE y EGEDA porque seguramente es mucho más favorable que el pago completo de las tarifas abusivas que enfrenta DIRECTV, teniendo así una ventaja competitiva también frente a TVCable.

14. Es por esto que, en su conjunto, la apariencia en buen derecho está acreditada:

- ¿Son los tarifarios, al menos bajo un análisis preliminar, abusivos? Sí. Así lo ha reconocido la INICAPMAPR.

- ¿Es la discriminación a través de tarifas rebajadas y negociaciones secretas, al menos bajo un análisis preliminar, abusiva? Sí. La intendencia también lo reconoce. Sin embargo, la INICAPMAPR dice que no tiene evidencia para comparar cómo los distintos tarifarios discriminan entre las empresas. Ese es su error. No necesita de dos acuerdos confidenciales para poder saber que existe esa discriminación, solamente es suficiente saber que tres competidores directos están en situaciones completamente disímiles: DIRECTV enfrentando en el corto plazo un pago multimillonario, TVCable sin acciones en su contra pero con invitaciones a reunirse, y CNT acogándose a su acuerdo confidencial. Incluso sin información de CNT, es suficiente saber que TVCable no ha pagado ni pagará monto alguno por las tarifas al menos durante los siguientes años mientras DIRECTV enfrenta un pago exorbitante que le hará menos competitivo en el corto plazo y puede, al mediano plazo, incluso expulsarlo del mercado.

- ¿Se está buscando la protección de DIRECTV? No. Se está buscando que las compañías que participan en el mercado y compiten directamente estén en igualdad de condiciones. Se está buscando preservar las condiciones de competencia en un mercado muy disputado.

(...)”

[52] De una lectura integral de la solicitud de medidas preventivas, del informe de la INICAPMAPR, del escrito presentado por ASETEL el 7 de julio de 2021 y de la normativa que regula la materia, la CRPI encuentra que en el presente caso no se cumple el requisito de la apariencia del buen derecho, tal y como se mostrará:

7.3.1.1. Análisis sobre la existencia de apariencia de buen derecho.

[53] Para poder establecer correctamente el escenario donde se desenvolvería el supuesto abuso de posición dominante de **EGEDA** y **SAYCE**, como punto de partida y de manera preliminar para los fines de esta providencia, es necesario determinar el posible mercado relevante.¹⁶

7.3.1.1.1. El mercado relevante

[54] Bajo el soporte de asuntos ventilados ante otras agencias de competencia¹⁷, la INICAPMAPR estableció preliminarmente los siguientes mercados relevantes bajo una relación de tipo vertical y en un escenario geográfico nacional:

(i) En los que participa SAYCE:

- La prestación de servicios de administración de derechos de autores y compositores de música a los titulares de dichos derechos, a nivel nacional, comprendido en el periodo de octubre 2011 hasta la presente fecha.
- La prestación de servicios de administración de derecho de autores y compositores de música a otras sociedades de recaudación, a nivel nacional, comprendido en el periodo de octubre 2011 hasta la presente fecha; y,
- La concesión de licencias que cubren los derechos de autores y compositores de música de reproducción pública de los usuarios para su explotación, a nivel nacional, comprendido en el periodo de octubre 2011 hasta la presente fecha.

(ii) En los que participa EGEDA:

- La prestación de servicios de administración de derechos de productores audiovisuales a los titulares de dichos derechos, a nivel nacional, comprendido en el periodo octubre 2011 hasta la presente fecha.

¹⁶ La determinación del mercado relevante lo deberá realizar la Intendencia en su Investigación. Para el objeto de las medidas preventivas se buscará indicar el posible mercado relevante para poder evaluar los indicios obrantes en el expediente.

¹⁷ La la INICAPMAPR citó los siguientes asuntos:

- Bélgica: SABAM, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Decisión de 21 de marzo de 1974. Asunto 127/73. BRT II ECR-SABAM. ECR 51;
- Alemania: GEMA, Comisión de las Comunidades Europeas. Decisión de 2 de junio de 1971. IV/26760 – GEMA. 71(224/CEE) y Decisión de 4 de diciembre de 1981. IV/29.971 – GEMA STATUTES. 82/204/EEC; y,
- Francia: SACEM, Comisión Europea. Decisión de 12 de agosto de 2002. BANGHALTER & HOMEN CHRISTO v. SACEM (DAFT PUNK) COMP/C2/37.219.



- La prestación de servicios de administración de derechos de productores audiovisuales a otras sociedades de recaudación, a nivel nacional, comprendido en el periodo octubre 2011 hasta la presente fecha.; y,
- La concesión de licencias que cubren los derechos de productores audiovisuales de reproducción pública de los usuarios para su explotación, a nivel nacional, comprendido en el periodo octubre 2011 hasta la presente fecha.

[55] Una vez analizados los precedentes internacionales¹⁸ y la estructura operativa de las sociedades de gestión colectiva, la CRPI coincide con la INICAPMAPR en la definición del mercado relevante.

7.3.1.1.2. Posición de domino en el mercado

[56] La figura de las SGC suelen soportarse en esquemas con altas barreras de entrada y pocos competidores para cada una de las diferentes categorías de obras protegibles por los derechos de autor y conexos.¹⁹ Tanto **SAYCE** como **EGEDA** son las únicas SGC que operan en su rubro en Ecuador.²⁰ La primera gestionando los derechos de autores y compositores de música, y la segunda derechos de productores audiovisuales. Por tal motivo, la CRPI encuentra una posible posición de dominio de las dos SGC en los mercados relevantes arriba determinados.

¹⁸ También se consultó:

- Resolución de 30 de mayo de 2019 dentro el expediente S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE, expedida por la Sala de la CNMC. Disponible en www.cnmc.es. Consultado el 8 de julio de 2021.
- Resolución 76278 de 3 de noviembre de 2016, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio de Colombia. Disponible en www.sic.gov.ec. Consultado el 8 de julio de 2021

¹⁹ Se han realizado diversos estudios donde muestran los esquemas monopolísticos en la actividad de las SG. Entre estos:

Lence Reija, Carmen. “*La Gestión Colectiva de los Derechos de Propiedad Intelectual frente al Derecho de la Competencia*”. Tesis doctoral. Departamento de Dereito Mercantil e do Traballo Facultade de Dereito. Universidad de Santiago de Compostela. 2013. Disponible en https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/9490/rep_538.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Consultado el 8 de julio de 2021.

Saucedo Rivadeneira, Mónica. “*La gestión colectiva de los derechos de autor en el ámbito internacional: régimen jurídico general y contractual*”. Tesis doctoral. Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado. Universidad Complutense de Madrid. 2012. Disponible en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/16323/1/T33941.pdf>. Consultado el 8-07-2021.

²⁰ En Ecuador operan cinco SGC: SAYCE, SOPROFON, SARIME, EGEDA y UNIARTE. Datos tomados de <https://www.derechosintelectuales.gob.ec/sociedades-de-gestion-colectiva/>. Consultado el 8 de julio de 2021.

[57] Con lo mencionado existe coincidencia con lo manifestado por la INICAPMAPR en su informe:

“(…)

Tomando en consideración lo prescrito en los artículos 7 y 8 de la LORCPM, y en virtud de lo determinado en el apartado de mercado relevante, se evidencia que tanto SAYCE como EGEDA, al ser los actuales y únicos operadores económicos que realizan actividades relacionadas con la administración de derechos de autor y concesión de licencias en Ecuador, con respecto a los derechos patrimoniales de autores y compositores de música y productores audiovisuales de obras audiovisuales, podrían ostentar posición de dominio.

(…)”

7.3.1.1.3. Regulación en Ecuador

[58] Para determinar con claridad la existencia de *fumus boni iuris* en el caso bajo análisis, es importante reseñar cómo se encuentran reguladas las SGC en Ecuador.

7.3.1.1.3.1. Regulación a nivel comunitario andino

[59] El Capítulo XI de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena (Régimen Común sobre Derechos de Autor y Conexos), regula las SCG a nivel comunitario andino. En conjunto con las Interpretaciones Prejudiciales expedidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina²¹, las SGC tendrían las siguientes características:

- (i) Las SGC son instituciones de naturaleza privada pero que manejan asuntos de interés público (la gestión colectiva de los derechos de autor y conexos).
- (ii) Son sin ánimo de lucro.
- (iii) Se encuentran sometidas a la inspección y vigilancia del Estado. Deben obtener autorización de funcionamiento por la oficina nacional competente (artículo 43 de la Decisión 351)
- (iv) Se constituyen de conformidad con la normativa nacional sobre la materia (artículo 45, literal a) de la Decisión 351).

²¹ Interpretaciones prejudiciales de 19 de febrero de 2016 expedida en el expediente 281-IP-2015; de 20 de abril de 2017 en el expediente 525-IP-2015; de 6 de febrero de 2013 en el marco del proceso 120-IP-2012; de 11 de mayo de 2017 en el expediente 387-IP-2016



- (v) La SGC establece un vínculo contractual con el afiliado (“contrato de afiliación”). A través de dicho vehículo el afiliado faculta a la SGC para que administre sus derechos patrimoniales de autor o conexos, así como para que conceda licencias de uso a terceros y haga valer sus derechos ante cualquier autoridad administrativa o judicial.
- (vi) La afiliación a las SGC es voluntaria y todos sus afiliados deben tener derecho de participación apropiado. Deben tener derecho a voz y voto (literal d) del artículo 45 de la Decisión 351).
- (vii) La SGC debe dar a sus afiliados información periódica, completa y detallada. (literal i) del artículo 45 de la Decisión 351).
- (viii) La afiliación es exclusiva, es decir, que no pueden aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, nacionales o extranjeras, salvo que hubieran renunciado expresamente a ellas (literal k) del artículo 45 de la Decisión 351).
- (ix) Las tarifas que cobran las SGC deben estar soportadas en un reglamento de tarifas elaborado por la propia SGC (literal g) del artículo 45 de la Decisión 351).
- (x) Las tarifas generales que cobren deben ser publicadas por lo menos una vez al año en un medio de amplia circulación (literal h del artículo 45 de la Decisión 351).
- (xi) Las tarifas deben ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización que se haga de las “*obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas*”, salvo que la normativa nacional establezca otra cosa.
- (xii) El afiliado no puede gestionar individualmente los derechos objeto de dicha afiliación y las SGC únicamente pueden cobrar en relación con los derechos que administra (Interpretación prejudicial de 6 de febrero de 2013 en el marco del proceso 120-IP-2012).

7.3.1.1.3.2. Regulación a nivel nacional

[60] A nivel interno las SGC se encuentran reguladas en el Capítulo V del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos (en adelante COESC) y su reglamento (en adelante RCOESC). En concordancia con las características básicas que provienen de la normativa comunitaria andina, el esquema nacional aborda de manera completa la figura y, específicamente en relación con el establecimiento de tarifas encontramos lo siguiente:

- (i) El artículo 238 define las SGC así:



“Art. 238.- De las sociedades de gestión colectiva.- Son sociedades de gestión colectiva las personas jurídicas sin fines de lucro, cuyo objeto social es la gestión colectiva de derechos patrimoniales de autor o derechos conexos, o de ambos.”

- (ii) Para el ejercicio de sus actividades las SGC deben estar autorizadas para actuar por el organismo rector (autoridad competente en propiedad intelectual), que en el caso ecuatoriano es el Servicio Nacional de Derechos Intelectual (en adelante SENADI). (Arts. 239 y 242 del COESC y 2 del RCOESC). Dicha autorización depende de que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 244 del COESC:

“Art. 244.- De la autorización de funcionamiento.- Son requisitos generales para la autorización de funcionamiento a las sociedades de gestión colectiva:

- 1. Que se encuentre debidamente constituida;*
- 2. Que de los datos aportados y de la información recabada por la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, se desprenda que la entidad solicitante reúne los recursos suficientes para asegurar la eficaz administración de los derechos cuya gestión le será encomendada;*
- 3. Que acredite representar un repertorio cuantitativamente significativo de las obras u otras prestaciones protegidas a administrar;*
- 4. Que demuestre que se encuentra en capacidad de realizar la gestión colectiva en el extranjero; y,*
- 5. Que cuente con todos los manuales y procedimientos internos de acuerdo con las mejores prácticas y recomendaciones de la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales.”*

- (iii) Las SGC están sometidas al monitoreo, control e intervención del SENADI (art. 242 del COESC). En este sentido, el SENADI podrá realizar visitas de inspección y monitoreo a las SGC, e iniciar sumarios, investigaciones e intervenciones por infracción a la normativa aplicable (art. 258 del COESC). Además, está facultado para imponer sanciones de conformidad con el artículo 259 a 261 del COESC).
- (iv) Control *ex ante* de las tarifas que establezcan las SGC. Las tarifas generales establecidas deben ser autorizadas por las SGC. Para esto deberán tener en cuenta los antecedentes fácticos y técnicos que las justifiquen, así como el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa pertinente. (segundo inciso del art. 251 del COESC).

Como requisitos esenciales para obtener la autorización se encuentran que las tarifas sean *“razonables, equitativas y proporcionales por el uso de las obras, interpretaciones o ejecuciones, emisiones o fonogramas comprendidas en sus respectivos repertorios.”* (Primer inciso del artículo 251 del COESC).



Es muy importante indicar que la normativa ecuatoriana derogada por el COESC (ley de propiedad intelectual), también establecía que las SGC debían ser autorizadas por la Dirección Nacional de Derecho de Autor y además estaban sometidas a su inspección y vigilancia (art. 112 LPI).

No obstante, en cuanto a las tarifas la normativa derogada no establecía un control previo desde el punto de vista sustancial. Simplemente consagraba un control formal, así:

“Art. 116.- Las sociedades de gestión colectiva establecerán las tarifas relativas a las licencias de uso sobre las obras o producciones que conformen su repertorio. Las tarifas establecidas por las sociedades de gestión colectiva serán publicadas en el Registro Oficial por disposición de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, siempre que se hubieren cumplido los requisitos formales establecidos en los estatutos y en este Capítulo para la adopción de las tarifas.”

- (v) Control *ex post* de las tarifas que establezcan las SCG. El artículo 262 del COESC establece la posibilidad de que los usuarios a través de un grupo representativo, una asociación o gremio, puedan acudir al SENADI bajo la figura de la mediación para discutir si las tarifas establecidas y autorizadas no cumplen con los requisitos previstos.

7.3.1.1.4. Análisis del caso concreto.

[61] Existen dos tipos de tarifas generales que pueden cobrar las SGC²²:

- (i) **Las tarifas por uso:** son aquellas donde la tarifa se encuentra directamente relacionada con el uso que el usuario realice del repertorio gestionado.
- (ii) **Las tarifas por disponibilidad:** son aquellas donde la tarifa es un importe fijo que no depende de la intensidad del uso que el usuario realice del repertorio gestionado. También suelen llamarse tarifas planas o blanket licenses.

[62] Las tarifas planas no son de por sí o *per se* abusivas. Así lo ha determinado la evolución de la jurisprudencia europea y reseñada por la doctrina.²³ Esta conclusión tiene como base el equilibrio entre el derecho a recibir una retribución adecuada por parte de los titulares de los derechos gestionados y el de los usuarios de utilizar las obras en condiciones razonables. Por

²² Sobre esto se puede ver: Ob cit. Lence Reija, Carmen. Pág 240.

²³ Sentencia de 11 de diciembre de 2018 expedida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-52-07, solicitud de interpretación prejudicial en el caso Kanal 5 Ltd – TV 4 AB ves. Föreningen Svenska Tonsättare Internationella Musikby.

esta razón hay que analizar caso a caso para determinar si existe abuso de la posición de dominio al establecer las tarifas planas. Para lograr esto se deberá analizar lo siguiente:

- (i) Si la parte de los ingresos que constituyen la tarifa plana es globalmente proporcional a la cantidad de obras protegidas que se utilicen o puedan utilizarse.
- (ii) Si no existe otro método que permita identificar o cuantificar de forma más precisa la utilización de las obras, sin que por ello aumenten desproporcionadamente los gastos de gestión y control de la utilización.

[63] Para la CRPI es correcta la solución europea, ya que en muchas ocasiones no existen métodos precisos para establecer la intensidad del uso, o de existir podrían ser excesivamente onerosos de implementar, lo que en últimas afectaría la retribución adecuada para los titulares de los derechos de autor o conexos.

[64] Esto quiere decir que la administración debe ser muy prolija al analizar estos asuntos, ya que el parámetro de la precisión no es el único a tener en cuenta, debido a que el factor de la eficiencia económica es muy importante. Además, la CRPI considera que es sustancial realizar un análisis complejo donde se pueda establecer correctamente si las tarifas son excesivas, así:

- (i) La comparación con las tarifas vigentes en otros países para asuntos análogos.
- (ii) La comparación con las tarifas impuestas a otros usuarios.
- (iii) La comparación con las propias tarifas anteriores de las entidades de gestión.
- (iv) Establecer una relación entre el uso y la actividad del usuario. Para esto se tiene que analizar si las obras gestionadas son esenciales para para llevar a cabo el giro ordinario del negocio, lo que tiene que ver con el concepto de “explotación normal de las obras”. No es lo mismo la música para una discoteca o un bar que para una peluquería, ya que para la primera es esencial, mientras que para la segunda sería accesorio.²⁴

[65] En la solicitud de medidas preventivas **ASETEL** soporta su argumentación en que **SAYCE** y **EGEDA** cobran tarifas planas bajo un sistema de licencias de uso general, esto es, sin tener en cuenta la intensidad del uso. Como las tarifas planas *per se* no pueden considerarse abusivas, ya que se debe hacer el análisis complejo indicado *ut supra*, la CRPI no encuentra indicios que permitan establecer la apariencia de buen derecho en el presente asunto.

²⁴ Sobre esto se puede ver en Ficsor, Mihály. La Gestión Colectiva del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Ginebra, 2002. Pág. 154.

También se puede ver Ob cit. Lence Reija, Carmen. Págs 244 a 250.



- [66] Si bien **ASETEL** en su denuncia indica que las tarifas actuales de **SAYCE y EGEDA** fueron aprobadas y publicadas en el Registro Oficial 653 del lunes 5 de marzo de 2012 y en el Registro Oficial No. 714 del jueves 28 de noviembre de 2012, respectivamente, es decir, antes de que entrara en vigencia el COESC, no podríamos considerar tales hechos como indicios de tarifas irracionales, inequitativas y desproporcionadas. Si bien es cierto que las tarifas aprobadas en el 2012, en vigencia de la anterior ley de propiedad intelectual, no eran sometidas al control *ex ante* que tenemos hoy en día, no podríamos decir que por tal circunstancia que estaríamos, al menos de manera preliminar, ante tarifas abusivas.
- [67] La CRPI observa que la Decisión 351 establece la proporcionalidad entre las tarifas y los ingresos por la utilización de las obras. Esto quiere decir que aunque no hubiera existido el mencionado control *ex ante*, el concepto de proporcionalidad era de aplicación obligatoria por los operadores jurídicos internos. En este sentido, no es de recibo como indicio la simple indicación de la existencia de una tarifa plana, ya que en el marco del análisis de la proporcionalidad entran en juego muchos elementos que ponderar.
- [68] **ASETEL** también indica que en el marco de la normativa vigente se hizo un análisis complejo para la SGC **UNIARTE**, lo que no se evidencia en el caso de **SAYCE y EGEDA**. Esta circunstancia tampoco es un indicio de tarifas abusivas. Por el contrario, lo que muestra es que el análisis de razonabilidad y proporcionalidad es complejo. Precisamente es en el proceso de investigación donde se podrán determinar todas las circunstancias y parámetros indicados *ut supra*.
- [69] Mientras que no se pueda establecer de manera preliminar si las tarifas de **SAYCE y EGEDA** constituyen abuso de la posición dominante, tampoco se podría determinar de manera preliminar si la utilización del tarifario y su cobro administrativo son utilizados para obtener acuerdos abusivos.
- [70] Mientras en el proceso investigativo no se tenga acceso a los contratos firmados por los usuarios y se haga el análisis respectivo, no se puede establecer la existencia de tratos discriminatorios en las negociaciones. Por otro lado, en relación con el abuso de posición de dominio mediante tratos discriminatorios, no sólo basta que se hayan decidido casos análogos en otras jurisdicciones, sino que se debe hacer un análisis pormenorizado de la realidad fáctica y jurídica local y, de esta manera, arribar a la conclusión que demande el asunto sometido a estudio.
- [71] Los tarifarios generales en abstracto aunque no hubiesen sido actualizados, a criterio de la CRPI, no son un indicio que nos lleve directa y reflexivamente a la existencia de una apariencia de veracidad.
- [72] El mismo argumento se tiene para los contratos de adhesión. Es decir, mientras no se haga una investigación completa del perfil contractual y se recauden las pruebas pertinentes, no se

puede obtener claridad del asunto. En este estado del procedimiento, no se cuentan con indicios de un posible abuso de posición de dominio.

- [73] Aunque la INICAPMAPR considera que *a priori* se podría pensar en un presunto abuso del poder de mercado por parte de **SAYCE Y EGEDA**, para la CRPI, de conformidad con todo lo indicado, no cabe “de manera preliminar” tal reflexión.
- [74] Por último, la CRPI coincide con la INICAPMAPR en que la mera existencia de información sobre **DIREC TV** no permite vislumbrar el manto de veracidad que requiere la adopción de una medida preventiva, en el sentido de que estos datos no admiten entrever una posible afectación a las condiciones de competencia, eficiencia económica o el bienestar general

7.3.2. Peligro en la demora.

- [75] Las medidas preventivas solicitadas por **ASETEL** fueron las siguientes:

a. Que se prohíba a SAYCE y EGEDA iniciar acciones, de cualquier naturaleza, en las que reclamen cobros, hasta que se haya definido la legalidad de los discutidos tarifarios.

b. Para el caso de las acciones ya iniciadas por SAYCE y EGEDA, que se les prohíba el realizar acciones, de cualquier naturaleza, destinadas a cobrar los montos resueltos, aún cuando otra autoridad —distinta a la SCPM— les haya concedido la razón, nuevamente hasta que se haya definido la legalidad de los discutidos tarifarios.”

- [76] Aún en el evento no consentido de que se llegare a pensar que existe el *fumus boni iuris*, la CRPI tampoco encuentra elementos para establecer el peligro en la demora. De no adoptarse las medidas preventivas no se generaría un daño irreparable o de difícil reparación, ya que lo que se busca prevenir es el pago de una obligación pecuniaria para uno de los miembros de **ASETEL**. No es un asunto generalizado para la mayoría o todos los miembros de la asociación, por lo menos de la información con la que se cuenta hasta el momento.
- [77] De conformidad con el informe de la INICAPMAPR, la situación de **DIRECTV** en el **SENADI** es la siguiente:

“i) Respecto a DIRECTV, el 30 de junio de 2017, EGEDA presentó ante el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI) una solicitud de tutela administrativa por la presunta infracción a los derechos de propiedad intelectual. El 07 de enero de 2019, la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos emitió una resolución en la cual aceptó la acción de EGEDA y sancionó a DIRECTV con una multa de USD 55.000 y el pago de una compensación para EGEDA de USD 5.415.007 (por valores de los



años 2017 y 2018). Según el denunciante, actualmente esta resolución se encuentra en apelación.

ii) Respecto a DIRECTV, en noviembre de 2011, suscribe con SAYCE un acuerdo por el cual fijaron tarifas anuales “personalizadas”, en el cual se fijaban tarifas anuales hasta el año 2017. Para el año 2018, DIRECTV ya habría desistido de utilizar dichas tarifas. En virtud de esto, el 05 de diciembre de 2018, SAYCE presentó una acción de tutela administrativa contra DIRECTV, en la cual se solicita un pago de USD 2.417.291, sin considerar valores por multas o por recargos. Esta acción se encuentra actualmente tramitándose en el SENADI.”

[78] De lo indicado se desprende que sólo existe un procedimiento resuelto con una multa de USD \$ 55.000 y el pago de una compensación para EGEDA de USD \$ 5.415.007 (por valores de los años 2017 y 2018). Según los cálculos realizados por la INICAPMAPR para dichos años²⁵ tenemos lo siguiente:

Tabla 3: Representación de los valores a pagar a EGEDA sobre valores de ingresos totales y utilidades de DIRECTV ECUADOR C. LTDA., 2017-2018.

Año	En USD			En porcentaje	
	Pago ordenado por SENADI a EGEDA (1)	Total ingresos de DIRECTV ECUADOR C. LTDA. (2)	Utilidad del ejercicio de DIRECTV ECUADOR C. LTDA. (3)	Valor del pago ordenado sobre total de ingresos (1)/(2)	Valor del pago ordenado sobre total de la utilidad del ejercicio (1)/(3)
2017					
2018					

[79] Tal y como indicó la Intendencia en su informe, “los montos a pagar por DIRECTV a EGEDA representan el ■■■% y ■■■% sobre las utilidades de los años 2017 y 2018, respectivamente. No obstante, dichos montos representarían apenas el ■■■% en promedio de los ingresos totales del operador económico en cuestión.”

[80] Una empresa que tuvo utilidades en los años 2017 y 2018 de USD \$ ■■■■ y UD \$ ■■■■, debería tener recursos suficientes para solventar una obligación dineraria como la planteada, sobre todo porque en dichos años se presentaron las tutelas administrativas reseñadas y se debió hacer las provisiones contables respectivas por parte de DIRECTTV.

[81] Aunque ASETEL en su escrito de 7 de julio de 2021 indicó que de pagar las sanciones en este año tendría un balance negativo, lo cierto es que la cifra real, contando la única resolución expedida, es de USD \$ 5.470.007. Las otras cifras que planea ASETEL no son claras, expresas ni exigibles hoy en día. Además, el denunciante basa su argumentación en suposiciones, una proyección de ingresos de 2021 y 2022, y también en una provisión de recursos que, bajo los parámetros de diligencia, debió realizar DIRECTV una vez iniciaron las tutelas administrativas en el SENADI y no ahora que se está *ad-portas* de que una

²⁵ Se indica que los datos fueron obtenidos del SRI, la SVCS y de ASETEL.

resolución quede en firme. En consecuencia, lo argumentado por **DIRECTV** a los ojos de la CRPI no tiene soporte.

[82] De conformidad con lo anterior, la CRPI no encuentra la existencia de peligro en la demora.

7.3.3. Análisis de necesidad y proporcionalidad de las medidas.

[83] Las medidas preventivas solicitadas por **ASETEL** fueron las siguientes:

“a. Que se prohíba a SAYCE y EGEDA iniciar acciones, de cualquier naturaleza, en las que reclamen cobros, hasta que se haya definido la legalidad de los discutidos tarifarios.

b. Para el caso de las acciones ya iniciadas por SAYCE y EGEDA, que se les prohíba el realizar acciones, de cualquier naturaleza, destinadas a cobrar los montos resueltos, aún cuando otra autoridad —distinta a la SCPM— les haya concedido la razón, nuevamente hasta que se haya definido la legalidad de los discutidos tarifarios.”

[84] De conformidad con la naturaleza del asunto analizado, así como con el grado del daño que se pretendería evitar, la CRPI encuentra que las medidas no serían necesarias ni proporcionales.

[85] Ordenar que se prohíba a **SAYCE** y **EGEDA** que no puedan realizar acciones en relación con cobros, tal y como lo advirtió la INICAPMAPR, sería absolutamente violatoria del derecho de tutela judicial efectiva (art. 75 de la CN), y específicamente del derecho de acción que es fundamental para garantizar el debido proceso. Sería absolutamente desproporcionado en relación con el nivel de daño que se pretende evitar (pago de USD \$ 5.470.007), que se restringiera el derecho de acción de **SAYCE** y **EGEDA** aún a los eventos de cobros del SENADI como indica el denunciante. En relación con las otras posibles resoluciones en contra, **ASETEL** tiene recursos administrativos horizontales y verticales por interponer.

[86] Además, como no estamos ante un daño irreparable o de difícil reparación, no se observa la necesidad de las medidas. Sin embargo, se aprecia que el COESC consagra la figura de la mediación para discutir si las medidas establecidas son razonables, equitativas y proporcionales.

[87] Si bien en el escrito presentado por **DIRECTV** el 7 de julio de 2021 se solicitó que se implantaran otras medidas preventivas como la suspensión del uso del tarifario, la CRPI no se referirá a esto porque no fue parte integrante de la solicitud de medidas preventivas y, por lo tanto, tampoco fue parte del informe de la INICAPMAPR. El traslado que realizó la CRPI al operador era para que ejerciera su derecho de contradicción en relación con el informe que emitió la Intendencia, no para que reformara su solicitud de medidas preventivas.

En mérito de lo expuesto, la Comisión de Resolución de Primera Instancia

RESUELVE

PRIMERO. – DECLARAR con carácter confidencial la presente resolución.

SEGUNDO.- AGREGAR al expediente en su parte confidencial la presente resolución.

TERCERO.- AGREGAR al expediente la versión no confidencial y pública de la presente resolución.

CUARTO.- RECHAZAR la solicitud de medidas preventivas presentada por la **ASETEL**.

QUINTO.- NOTIFICAR al operador económico **ASETEL** la presente resolución.

SEXTO.- NOTIFICAR a los operadores económicos **SAYCE** y **EGEDA**, así como a la **IGT** y a la **INICAPMAPR** la versión no confidencial y pública de la presente resolución.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



Firmado electrónicamente por:
**EDISON RENE
TORO CALDERON**

Édison Toro Calderón
COMISIONADO



Firmado electrónicamente por:
**JAIME
FERNANDO LARA
IZURIETA**

Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO



Firmado electrónicamente por:
**MARCELO
VARGAS**

Marcelo Vargas Mendoza
PRESIDENTE