

EXP. SCPM-CRPI-038-2017

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito, 19 de febrero de 2018, a las 17h00.- **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, mediante los actos administrativos correspondientes. Por corresponder al estado procesal del presente procedimiento administrativo el de resolver sobre la petición de medidas preventivas solicitadas por el operador económico **DIRECTV ECUADOR C. LTDA**, para hacerlo considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia es competente para resolver la petición de adopción de medidas preventivas solicitadas por el operador económico **DIRECTV ECUADOR C. LTDA**, en su calidad de denunciante y cuya acción está dirigida en contra de la Federación Ecuatoriana de Fútbol "**FEF**", representada por el Ingeniero Carlos Humberto Villacis Naranjo y **TENFIELD S.A.**, como empresa matriz de **GOLTV LATINOAMERICA S.A**, por mandato legal contenido en los artículos 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y 73 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 y derecho de defensa, consagradas en el artículo 76 de la Constitución de la República, por lo tanto, no existe vicio, error o nulidad que pueda influir en la decisión del presente trámite, razón por la cual, se declara la validez procesal.

TERCERO.- ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.-

3.1.- Mediante denuncia presentada el 23 de junio de 2017, por los señores **ENRIQUE AROSEMENA ROBLES**, Gerente General de la **CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP** y **FERNANDO ELOY FERRO ALBORNOZ**, en su calidad de Presidente Ejecutivo de **DIRECTV ECUADOR C. LTDA.**, dirigida en contra de la Federación Ecuatoriana de Fútbol "**FEF**", representada por el Ingeniero Carlos Humberto Villacis Naranjo, **TENFIELD S.A.**, se pone en conocimiento de la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, lo siguiente.

"DIRECTV ECUADOR C. LTDA, es una compañía limitada constituida en el Ecuador al amparo de la Ley de Compañías (en adelante, "DTVE"), y opera en el territorio ecuatoriano un sistema satelital de audio y video por suscripción debidamente autorizado bajo la marca DIRECTV (...)"



“(...) Los operadores de servicios de audio y video por suscripción o televisión paga, al igual que los operadores de canales de televisión abierta, demandan adquirir programación y contenido que ofrecer a sus respectivos usuarios o audiencias, sea para incrementar o mantener el número de abonados o para impulsar sus ingresos por publicidad, y entre esos contenidos los campeonatos de fútbol regulares tienen una innegable relevancia, con lo cual queda plenamente justificado el interés legítimo de nuestras representadas exigido en el artículo 53 de la LORCPM; en tal virtud, interponemos la presente denuncia (...)”.

3.2.- Con resolución adoptada el 07 de septiembre de 2017, a las 16h32, en la parte motiva y resolutive, esta Comisión consideró: *“(...) En mérito de los elementos aportados en la denuncia y en el informe referidos en esta resolución, la Comisión considera que las medidas preventivas solicitadas por los denunciantes y la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, pese que existe apariencia de buen derecho, porque aparentemente los denunciantes fueron excluidos injustificadamente del proceso de invitación y análisis de ofertas efectuado en el año 2016, por parte de la Federación Ecuatoriana de Fútbol, para escoger al socio para la cesión de los derechos de Transmisión del Campeonato Ecuatoriano de Fútbol, en donde se convocó a los operadores económicos LAGARDERE SPORT, SERVISKY S.A., WIN SPORTS S.A.S. Y GOLTV. No obstante de que existe apariencia de buen derecho para la adopción de medidas preventivas, en el presente caso no cumple el requisito conceptual del Periculum in mora, o denominado peligro de la demora, ya que de acuerdo con lo manifestado por la propia Federación Ecuatoriana de Fútbol y la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, el contrato entra en vigor a partir del mes de enero del año 2018. Por consiguiente, según se desprende del informe antes citado, el contrato de cesión de derechos de transmisión del Campeonato Ecuatoriano de Fútbol de los años 2018-2027, entre la Federación Ecuatoriana de Fútbol y la empresa GOLTV, se ha suscrito el 26 de enero de 2017, razón por la cual, resulta improcedente la solicitud los denunciantes de que se adopten medidas preventivas tendientes a la suspensión del proceso de licitación y el cese de todo acto para perfeccionar una presunta adjudicación de derechos a GOL TV, así como la imposición de condiciones exigidas para licitar o adjudicar los derechos (...)”.* Y resolvió: *“(...)1. NO ACOGER las recomendaciones constantes en el informe SCPM-DNIAPM-040-2017 de 24 de agosto de 2017, suscrito por el Dr. Mauricio Riofrío Cuadrado, Director Nacional de Abuso de Poder de Mercado, remitido mediante memorando SCPM-IIAPMAPR-049-2017 de 24 de agosto de 2017, suscrito por el Dr. Hans Ehmig Dillon, Intendente de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante el cual, solicita que se adopten medidas preventivas necesarias y que se encuentran contenidas en el mencionado informe. 2.NEGAR la adopción de medidas preventivas solicitadas por los denunciantes señores ENRIQUE AROSEMENA ROBLES, Gerente General de la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, FERNANDO ELOY FERRO ALBORNOZ, en su calidad de Presidente Ejecutivo de DIRECTV ECUADOR CIA. LTDA., y la Intendencia de*

Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM, sin perjuicio de que los denunciantes o la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM, en el transcurso de la investigación puedan solicitar este tipo de medidas (...)”.

3.3.- Conforme a la resolución pronunciada el 29 de diciembre de 2017, a las 16h40, en la parte motiva y resolutive, esta Comisión consideró: “(...) 7.1.- *En los términos en que se expresa la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, son correctos y esta Comisión los hace suyos, cuando expresa “(...) Dado lo señalado en el escrito de denuncia y considerando que en el Ecuador existe un solo campeonato profesional de fútbol tanto en la Serie A y B a priori se observa que dentro del territorio nacional, desde el punto de vista de la demanda difícilmente se podrá encontrar un producto como sustituto cercano, esto dado a que los espectadores ecuatorianos en general no consideran a otro tipo de campeonato o deporte como sustituto. Por otro lado, desde el punto de vista de la oferta de la FEF la única ofertante de los derechos de Transmisión del Campeonato Nacional de Fútbol y dado que por el interés de los equipos locales dichos se venden a nivel nacional (mercado geográfico) se puede establecer a priori que existen indicios de que el mercado de los Derechos de Transmisión del Campeonato Nacional de Fútbol conforme a un mercado relevante propio (...)*”. Por lo tanto, quienes tienen la facultad o el derecho de transmitir para el público y en beneficio de los consumidores y usuarios, es la Federación Ecuatoriana de Fútbol (...)”. “(...) 7.2.- *Para que se puedan dictar medidas preventivas deben concurrir dos requisitos a saber apariencia de buen derecho “fumus boni iuris”, y peligro de demora en el tiempo “periculum in mora”. Según resolución de 07 de septiembre de 2017, esta Comisión considera que existe apariencia de buen derecho en la solicitud de medidas preventivas de aquel entonces; y, el operador económico DIRECTV ECUADOR C. LTDA, manifiesta que existe peligro en no adoptar las medidas preventivas solicitadas el 13 de diciembre del año en curso, relacionadas, entre otras, con la suspensión del contrato celebrado entre la Federación Ecuatoriana de Fútbol y GOLTV, antes del primero de enero de 2018, fecha en la que entra en vigencia el contrato entre la Federación Ecuatoriana y el operador económico GOLTV; sin embargo de ello esta Comisión considera que la adopción de estas medidas preventivas solicitarías vulnerarían el bienestar general de los usuarios y consumidores de la transmisión televisiva de los partidos de fútbol, es decir, quien perdería sería el público consumidor de este servicio. El artículo 1 de la LORCPM, manifiesta que uno de los objetivos de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado es buscar el bienestar general de los consumidores y usuarios en el Ecuador. La SCPM no debe afectar el bienestar general de los consumidores y usuarios al suspender los efectos jurídicos del contrato entre la Federación Ecuatoriana de Fútbol y GOLTV (...)*”. “(...) 7.3.- *Una alternativa de solución podría ser la prórroga del contrato de servicios de transmisión de los partidos de fútbol entre la Federación Ecuatoriana de Fútbol y los canales estatales que fueron inicialmente, que eran los titulares de los derechos de transmisión televisiva de*



los partidos de fútbol, sin embargo, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, no tiene la facultad de prorrogar esos contratos, ni muchos menos hacerlo en beneficio de terceros cesionarios de dichos derechos transmisión del Campeonato Ecuatoriano de Fútbol, como el caso del operador económico DIRECTV ECUADOR CIA LTDA. Y resolvió: “(...) 1. ACOGER la recomendación constante en el Informe SCPM-DNIAPM-055-2017 de 28 de diciembre de 2017, suscrito por el Dr. Marcelo Blanco Dávila, Director Nacional de Abuso de Poder de Mercado, remitido mediante memorando SCPM-IIAPMAPR-106-2017 de 28 de diciembre de 2017, suscrito por el Dr. Hans Ehmig Dillon, Intendente de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante el cual, solicita no se adopten medidas preventivas solicitadas y que se encuentran contenidas en el mencionado informe. 2. NO ADOPTAR las medidas preventivas solicitadas por el operador económico DIRECTV ECUADOR C. LTDA, en contra de la FEDERACIÓN ECUATORIANA DE FÚTBOL y el operador económico GOLTV LATINOAMERICANA S.A., suscriptores del contrato efectuado el 26 de enero de 2016, sobre los derechos de transmisión de fútbol televisado, que rige a partir del primero de enero de 2018 (...).”

3.4.- Tercera solicitud de adopción de medidas preventivas.-

3.4.1.- Consideraciones previas.-

Mediante escrito presentado el 16 de enero de 2018, a las 16h51, el operador económico **DIRECTV ECUADOR C. LTDA**, solicita la adopción de medidas preventivas a fin de preservar las condiciones de competencia en el mercado descendente de servicio de audio y video por suscripción, y en la parte de los antecedentes señala básicamente lo siguiente:

“(...) 4. El 12 de diciembre de 2017, DTV presentó ante su Autoridad una segunda solicitud de medidas preventivas relacionadas con los Derechos. El 29 de diciembre de 2017 su Autoridad emitió una resolución mediante la cual rechazó la adopción de las medidas preventivas por cuanto consideró que el régimen de transición planteado en la Denuncia, la extensión del contrato vigente con anterioridad, fuera aceptable y, por tanto, existía el riesgo de que durante la vigencia de las medidas preventivas se privara al público de la transmisión del Campeonato, afectando así al interés general (...).”

“(...) 5. Al respecto, cabe anotar que el mercado relevante para los Derechos es el de transmisión audiovisual, que incluye a los servicios de audio y video por suscripción (“A V S”) el cual tenía al 31 de marzo de 2017, 1,329, 103 clientes, ninguno de los cuales es cliente de GOL TV LATINOAMERICA S.A. (“GOLTV Latam” empresa uruguaya a la cual la FEF adjudicó en exclusivo los Derechos y se constituyó por tanto en un intermediario indispensable con enorme poder de mercado) (...).”

“(...) 6. En virtud del contrato vigente anteriormente (que, como consta en el Expediente, fue cedido a tres de las principales operadores de AVS, la CNT, DTVE TV Cable, por los

canales de TV abierta Telecentro y Gamavisión) tenían acceso al Campeonato aprox. El 77.9% de los clientes totales de AVS en Ecuador; como se ha señalado anteriormente, GOLTV Latam tiene 0% de cuota de mercado, y la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, CNT EP("CNT"), única empresa con la cual de acuerdo a reportes de prensa habría alcanzado un acuerdo, tiene el 28.2%(...)"

"(...) 7. Reportes de prensa sobre ese contrato entre GOLTV Latam y la CNT y conversaciones mantenidas por representantes de GOLTV Latam revelan indicios de otras conductas violatorias de la SCPM, adicionales a las señaladas en la Denuncia (venta atada exclusivamente de la señal producida por GOLTV- sin posibilidad de producir señal propia en base a la "señal limpia" del Campeonato-, atada con la adquisición para transmitir la señal de un canal de deportes internacional denominado GOLTV Internacional, precios explotativos establecidos por GOLTV a la CNT, extracción injustificada de excedente del consumidor CNT, posibles subsidios cruzados por la CNT, entre otros) (...)"

"(...) 8. Es decir, que además de los indicios de violaciones al régimen de competencia que se reflejan en la "apariencia de buen derecho" ya determinado por la Intendencia y por la CRPI, y otros que se han revelado con posterioridad a la Denuncia, sin medidas preventivas en la práctica perderán acceso al Campeonato el 49.7% de los consumidores del mercado VS, afectando el bienestar general (...)"

"(...) 9. Además, como ilustra el otorgamiento por un Juez de medidas cautelares solicitadas por el Abogado Dalo Bucaram respecto del contrato sobre los Derechos, la SCPM no puede evitar que otras instancias adopten medidas que puedan suspender los Derechos, precisamente por las aparentes ilegalidades cometidas por la FEF en el proceso de adjudicación de los Derechos (...)"

"(...) 10. Es trascendental resaltar las facultades que la Ley le otorga a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, entre ellas las recogidas en el artículo 37 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ("LORCPM) en cuanto a "[...] asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado[...]", las cuales se demuestran con el compromiso de investigación de la Superintendencia, conforme se puede observar del Boletín de Prensa No.006 de 8 de enero de 2018 (adjunto)(...)"

"(...) 11. Asimismo, es importante resaltar las facultades concedidas a su Autoridad respecto de las cuales se hace la presente solicitud, en especial la recogida en los artículos 62 de la LORCPM y 73 del Reglamento a la LORCPM (el "Reglamento") que incluye el cese inmediato de la conducta, la suspensión de efectos de actos jurídicos, la adopción de comportamientos positivos y las demás que considere pertinentes (...)"



“(...) 12. Con estos antecedentes, nos permitimos reiterar nuestra solicitud de medidas preventivas, esta vez con la imprescindible adopción de un régimen de transmisión hasta tanto se adopte una resolución en el expediente principal o, alternativamente, la FEF puede concluir un proceso para adjudicar los Derechos, el cual sea abierta a todos los operadores en el mercado relevante, transparente, objetivo, competitivo y legal (el Régimen de Transición)” (...).”

“(...) 13. El Régimen de Transición no puede ser por definición más prolongado de lo necesario, y dado que no es posible predecir el tiempo que la FEF requiera para cumplir con la legalidad y/o para que concluya la investigación en el expediente principal, debe irse renovando (de ser necesario) episódicamente. Aunque el período ideal para los operadores económicos sería de la duración de un campeonato, es decir, de un año, puede resultar excesivo, por lo que teniendo en cuenta que existe actualmente dos fases, al menos deberá ser por fase (es decir, inicialmente por la primera fase del año 2018, y si no fenece el período de Transición hasta 30 días antes del inicio de la segunda fase, se prorrogaría el Régimen de Transición por la segunda fase y las finales del 2018, y en la muy improrrogable eventualidad de que subsista la situación actual, se prorrogaría por la primera fase del Campeonato del 2019, y así sucesivamente) (...).”

“(...) 14. El Régimen de Transición impuesto por su Autoridad debe ser absolutamente abierto y pro-competitivo, que mejore el acceso no solo respecto de la situación actual e incierta, sino incluso respecto de la vigente en el 2017, y sin perjudicar innecesariamente a la FEF, por lo cual se propone:

(...) a. que contemple el pago a la FEF de la totalidad del valor fijo acordado para 2018(reconociendo el incremento alcanzado respecto de la situación vigente hasta el 2017), por lo que respecto del año 2018 sería de USD 22 millones (de los cuales USD 3 millones corresponderían a los Derechos fuera del Ecuador, USD 500 mil a los Derechos para transmisión por internet en Ecuador y el exterior, y USD 18.5 millones a los Derechos para televisión en Ecuador con derecho a acceso a internet exclusivamente a sus propios clientes) y, en caso que la duración del Régimen de Transición sea por fases, el 50% de los valores indicados por cada fase (valores a ser pagados en cuotas mensuales, por adelantado)(...)”.

“(...) b. que, al menos respecto de los Derechos para la televisión en Ecuador, sea abierto a todos los operadores de audio y video por suscripción que deseen adquirir los Derechos (sin exclusividad) sea individual o conjuntamente, y el precio sea proporcional al número de suscriptores de cada operador que adquiera los Derechos, de manera que pueda estar disponible al 100% (...)”.

“(...) c. que, además por cuanto para explotar los Derechos es preciso contratar la producción de la llamada “señal limpia”, es decir, de la transmisión audiovisual con ruido de cancha, también se imponga a quien (es) adquiera (n) los Derechos y contrate(n) tal

señal, que esté (n) obligados a ofrecerla compartiendo los costos proporcionalmente al número de suscriptores de cada operador que utilice la misma (...)"

3.2.- Petición sobre la tercera solicitud de adopción de medidas preventivas.-

"(...) a. Que la FEF cese en la conducta objetada, es decir, todo acto o conducta relacionada con la licitación realizada de los Derechos, adjudicación de los Derechos con exclusividad a GOLTV Latam y en las condiciones objetadas, y el contrato celebrado con GOLTV Latam o cualquier acto para excluir a otros operadores o interesados en los Derechos (...)"

"(...) b. Que se suspendan de manera inmediata los efectos jurídicos del contrato celebrado entre la FEF y GOLTV Latam (lo que incluye cualquier cláusula penal en ese contrato) y todos los actos y contratos que se deriven del mismo (v.g. el contrato se habría acordado entre GOLTV Latam y la CNT) o tendientes a perfeccionar o ejecutar el Contrato y/o la explotación económica de los Derechos (incluyendo la cesión, subarriendo, o cualquier otra figura, y por tanto, la celebración del contrato que la prensa reporta habría acordado con CNT, si no se hubiera celebrado)(...)"

"(...) c. Que la FEF notifique la suspensión de los efectos jurídicos del contrato sobre los Derechos a GOLTV Latam, y cualquier otra parte que haya participado o accedido al contrato entre la FEF y GOLTV Latam (v.g. GOLTV ECUADOR S.A., empresa vinculada 99.99% propiedad de GOLTV Latam), con la indicación de que, por tanto, se deben abstener de cualquier acto derivado del mismo (...)"

"(...) d. Que se advierta a la FEF que, si bien goza de autonomía para determinar las condiciones de un proceso de selección y adjudicación de los Derechos y libertad para negociar los términos contractuales, tiene obligación de observar las normas de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y las disposiciones de la SCPM, y por tanto, de conducir cualquier proceso de manera que se ajuste a las mismas y preserven a plenitud la competencia, que incluirían al menos las siguientes condiciones que imponen a la FEF:

"(...) i. que cualquier proceso de licitación y adjudicación de los Derechos, incluyendo el contrato respectivo, previo a su celebración, sea aprobado por la SCPM (mientras permanezcan vigentes las medidas preventivas) (...)"

"(...) ii. que las bases contengan parámetros que permitan una comparación objetiva de las ofertas y condiciones que aseguren la mayor explotación de los Derechos, y por tanto el mayor bienestar general (...)"



“(...).iii. que esté precedida de un “anuncio de licitación” dirigido, entre otros, a todos los operadores de televisión abierta y televisión paga a nivel nacional en Ecuador y publicado en un medio de comunicación nacional (...).”

“(...) iv. que todos los operadores de televisión a nivel nacional puedan solicitar las bases y presentar sus ofertas, individualmente en asociación, en igualdad de condiciones sea o no que hubieran recibido el anuncio de licitación (...).”

“(...) v. que la evaluación de las ofertas por la FEF sea en base a criterios objetivos prestablecidos (como el precio ofrecido por el paquete o paquetes de derechos; la aceptación de todas las obligaciones de difusión pertinentes; el índice de audiencia en el territorio contractual; el método de suministro o retransmisión propuesto; la capacidad de producción y la experiencia como radiodifusor anfitrión; la combinación de paquetes de derechos ofrecidos en el territorio contractual; el equilibrio entre televisión en abierto y de pago) (...).”

“(...) vi. que cualquier adjudicación de los Derechos sea por un plazo no mayor a 5 años, tras lo cual necesariamente se ofrecerán los Derechos nuevamente a todos los interesados (sin posibilidad de una renovación automática que no permita el acceso de un tercero con una oferta mayor); y, (...).”

“(...) vii. que expresamente se establezca que el adjudicado no podrá ofrecer los Derechos en venta atada con cualquier otro producto, bien o servicio (...).”

“(...) e. Que se imponga a la FEF el Régimen de Transición (conforme lo señalado previamente o las condiciones que su Autoridad disponga), el cual regirá hasta cuando concluya el Campeonato o, al menos, la respectiva fase del Campeonato una vez hayan expirado las medidas preventivas sea por la resolución en el expediente principal o sea por la adjudicación de los Derechos en un proceso aprobado por la SCPM (...).”

“(...) Que la FEF informe mediante avisos en los principales medios de comunicación nacional de la Resolución adoptando las medidas preventivas, y de la disponibilidad de los Derechos bajo Régimen de Transición (...).”

CUARTO.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

4.1.- Disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias; doctrina y jurisprudencia.

4.1.1.- Constitución de la República del Ecuador.-

El artículo 11 numerales 3, 5 y 9 respecto a los principios para el ejercicio de los derechos nos dice: “(...) Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los

instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”. “(...) En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia (...)” “[...] El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución (...)”.

El artículo 66 en sus numerales 15, 25 y 26, respecto a los derechos de libertad señala: “(...) 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 (...).”

El artículo 213 consigna lo que son las Superintendencias al expresar: “[...] Las superintendencias son organismos técnicos 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 numeral 8 en cuanto a los objetivos de la política económica prescribe: “(...) Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes (...).”

El artículo 335 prevé el intercambio y transacciones económicas al expresar: “(...) El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privado, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal (...).”

El artículo 336 consagra: “(...) el Estado impulsará y velará por un comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad, asegurando la transparencia y eficiencia en los mercados en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley (...).”

4.1.2.- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

El artículo 1 se refiere al objeto de la Ley “(...) El objeto de la presente Ley es evitar, 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 control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible (...).”

En artículo 2 trata del ámbito de la Ley “(...) Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas

o privadas, nacionales o 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 las 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.

Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo.

La presente Ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre operadores económicos (...)."

En artículo 3 contempla el principio de la primacía de la realidad "(...) Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.

La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico (...)."

El artículo 4 se refiere a los lineamientos para la regulación y principios para la aplicación "(...) En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia de esta Ley:

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.
4. El fomento de la desconcentración económica, a efecto de evitar prácticas monopólicas y oligopólicas privadas contrarias al interés general, buscando la eficiencia en los mercados.
5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado.
7. El impulso y fortalecimiento del comercio justo para reducir las distorsiones de la intermediación.
10. La necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes.

En la aplicación de la presente Ley se observarán los principios de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y debido proceso (...)."



El artículo 9 trata sobre el abuso de poder de mercado y dice: “(...) Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.

En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son:

1. Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia.
2. Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, que les permitan aumentar sus márgenes de ganancia mediante la extracción injustificada del excedente del consumidor.
3. Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, en condiciones en que debido a la concentración de los medios de producción o comercialización, dichas conductas afecten o puedan afectar, limitar o impedir la participación de sus competidores o perjudicar a los productores directos, los consumidores y/o usuarios.
15. La implementación de prácticas exclusorias o prácticas explotativas.
19. Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados (...).”

El artículo 11 prevé los acuerdos y prácticas prohibidas “(...) Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente Ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.

En particular, las siguientes conductas constituyen acuerdos y prácticas prohibidas.

6. Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera que sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público.

18. Levantar barreras de entrada y/o salida en un mercado relevante.

19. Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados (...)."

El artículo 62.- se refiere a las medidas preventivas "(...) 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 (...)."

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

El artículo 73.- establece 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.- ilustra sobre la adopción de las 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 (...)"

El artículo 75 en cuanto a la caducidad de medidas preventivas nos dice: "(...) De conformidad con la Ley, cuando las medidas preventivas se adopten antes de iniciarse la etapa de investigación, dichas medidas caducarán si no se inicia el procedimiento de investigación en el término de quince (15) días desde su notificación (...)"

El art 76 se refiere a la modificación y revocatoria de las medidas preventivas y al respecto estatuye: "(...) De conformidad con la ley, el órgano de sustanciación y resolución, a sugerencia del órgano de investigación o a petición fundamentada de los interesados, y previo informe de dicho órgano, podrá ordenar en cualquier momento de la tramitación del

procedimiento, la suspensión, modificación o revocatoria de las medidas preventivas debido a circunstancias sobrevinientes o desconocidas al tiempo de su adopción (...)"

El artículo 77 trata sobre el informe de suspensión, modificación y revocatoria de las medidas Preventivas y prescribe: "(...) Si es el denunciante o denunciados quienes solicitan fundamentadamente la suspensión, modificación o revocatoria de medidas cautelares ya adoptadas, el órgano de sustanciación y resolución enviará una consulta al órgano de investigación sobre su procedencia, quien deberá emitir su informe en el término de treinta (30) días desde recibida la consulta.

Si es el órgano de investigación quien sugiere la suspensión, modificación o revocación de las medidas preventivas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de emitir la resolución, deberá presentar informe motivado que justifique su solicitud (...)"

El artículo 78 consagra el cese de medidas preventivas cuando determina que: "(...) Las medidas preventivas cesarán en el plazo que establezca el órgano que lo disponga o cuando se adopte la resolución que ponga fin al procedimiento (...)"

4.2.- Jurisprudencia.-

4.2.1.- La Constitución de la República del Ecuador del 2008 es garantista.- (...) *El texto de la nueva Constitución, aprobada en referéndum del 28 de septiembre del 2008, en su artículo primero, establece el tránsito del Estado social de derecho a un Estado constitucional de derechos y justicia; esta particularidad ha permitido que algunos estudios la hayan catalogado como una Constitución "garantista", esto es, el extraordinario peso que el texto de la Constitución concede a los derechos; que no se limita a declarar su existencia: abre cauces, establece procedimientos, concreta exigencias y prevé mecanismos para garantizar su cumplimiento(...)*" Sentencia No.012-11-SCN-CC Caso No.0014-11-CN 24 de noviembre del 2011.

4.2.2.- La Corte Constitucional del Ecuador enseña: "(...) *la seguridad jurídica es un valor jurídico implícito en nuestro orden constitucional y legal vigente, en virtud del cual el estado provee a los individuos del conocimiento de las conductas que son permitidas, y dentro de las cuales las personas pueden actuar. Si no existiera este principio en una sociedad las personas no pudieran establecer un conocimiento certero de las actuaciones permitidas, puesto que al interpretarse y aplicarse el texto de la ley, de forma distinta y arbitraria, "se impediría el libre actuar de las personas" (...)*" Sentencia 125-12-SEP.CC.Caso.No.0361-10-EP (R.O S.No.724 de 14 de junio 2012)

En otro de sus fallos la Corte Constitucional ilustra: "(...) *cuando la administración pública, en el ejercicio de sus competencias, expide un acto administrativo,*





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 cohonstar 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...". Los presupuestos existentes en sede cautelar, se construye a partir de lo que es objeto de la prueba en sede cautelar (...)" <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>

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.

5.3.- El Peligro por la mora procesal, "(...) El periculum in mora es el peligro de un daño jurídico urgente y marginal derivado del retraso de la resolución definitiva. En la imposibilidad práctica de acelerar el pronunciamiento de la resolución definitiva, en la "mora" en que se incurre en su pronunciamiento, encuentra justificación la medida cautelar, con la que se busca neutralizar los daños producibles anticipando provisionalmente los efectos de la resolución definitiva; tal "mora", indispensable para el cumplimiento del "iter" ordinario procesal puede hacerse prácticamente inútil la decisión judicial que de este modo llegará demasiado tarde. [...] Algunos, lo llaman peligro de fuga, otros, como es el caso de los autores del anterior concepto, lo consideran peligro de la mora; en todo caso, se trata de una precaución, para evitar la frustración de la justicia penal. (...)". Tomado de: <https://es.scribd.com/doc/42835261/Periculum-in-Mora>.

5.4.- En la opinión de los juriconsultos Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, "(...) las medidas cautelares sirven como una garantía que impide la generación de un daño y al mismo tiempo satisface la obtención de una providencia definitiva que cumple con las características de consideración y ponderación necesaria para contar con una respuesta justa y efectiva en la garantía de los derechos constitucionales (...)". Y agrega "(...) Ahora bien, el artículo 87 de la Constitución de la República dispone que las medidas cautelares procederán frente a un hecho que "amaneces de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho" asegurando además que la gravedad del daño se relaciona con la intensidad o frecuencia de dicha violación. Al respecto cabe precisar que los requisitos especificados en el artículo son, en su mayor parte, compartidos con los criterios generales de las medidas cautelares o provisionales en las que deben mediar criterios de gravedad,



urgencia e inminencia de un daño irreparable (...)"'. Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Tomo 2. Centro de Estudios y Difusión. Quito, Ecuador, 2012. Páginas 89 y 91.

5.5.- El ilustre jurisconsulto nacional Jorge Zavala Egas sustenta: (...) Se trata, en consecuencia, de medidas cautelares o preventivas que, como lo dice expresamente la norma, se encaminan asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer en ese procedimiento. Se trata de medidas que acceden a la resolución de un procedimiento iniciado y que se expiden para garantizar la eficacia de la misma, convirtiéndose esta en la medida que permite el control de la idoneidad de las medidas dictadas, esto es, de su procedencia (...)" Lecciones de Derecho Administrativo. Edilex S.A. Editores. Primera Edición. Impreso en Perú 2011. Página 492.

5.6.- 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.

SEXTO.- ANALISIS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN CONSTANTE EN EL INFORME EN LA INTENDENCIA DE ABUSO DE PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS.-

En el Informe No. SCPM- DNIAPM-002-2018 de 01 de febrero de 2018, suscrito por el Dr. Marcelo Blanco, Director Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, remitido mediante memorando **SCPM-IIAPMAPR-018-2017** de 01 de febrero de 2018, firmado por el Dr. Han Ehmig Dillon, Intendente de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, se establece el siguiente análisis, conclusiones y recomendación.

6.1.- ANÁLISIS

"(...) Dentro del presente expediente, es importante señalar que a pesar que dos de los operadores económicos denunciados TENFIELD S.A. y GOLTV LATINOAMÉRICA S.A., no han remitido sus respectivas explicaciones a la denuncia presentada por los operadores CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP y DIRECTV ECUADOR C. LTDA, debido a que su domicilio se encuentra en la República de Uruguay, la DNIAPM ha realizado las actuaciones necesarias a fin de poder recabar la información. En este sentido, si bien no se cuenta con todas las explicaciones de los denunciados, se destaca que tanto: 1) El escrito de denuncia; ii) las explicaciones presentadas por la FEDERACIÓN ECUATORIANA DE FUTBOL; iii) las actuaciones realizadas por la DNIAPM, como, iv) lo señalado por los operadores económicos DIRECTV ECUADOR C. LTDA en el escrito ingresado el 16 de enero de 2018, han servido como base para la realización del siguiente análisis

4.1. Definición de Mercado Relevante

De lo señalado en el escrito de denuncia, se observa que la misma parte del proceso de licitación de los Derechos de Transmisión del Campeonato Nacional de Fútbol (Serie A y B). En ese sentido, respecto al mercado relevante, dicha denuncia menciona:

“[...] dadas las particularidades del mercado de transmisiones deportivas a través de medios audiovisuales masivos, para la determinación de los mercados relevantes en la investigación de la presente denuncia, se tomará en cuenta que, conforme a precedentes de la Unión Europea deberían ser los siguientes:

- a. Mercados ascendentes (“aguas arriba”) de adquisición y reventa de derechos sobre la transmisión de campeonatos de fútbol regulares;
- b. Mercados descendentes o aguas abajo de televisión abierta y de televisión paga;
- c. Los mercados descendentes para transmisión por nuevas tecnologías (streaming internet, 3G, 4G, entre otras [...])

La Comisión Europea ha concluido que el mercado de adquisición de los derechos de transmisión de campeonatos de fútbol regulares constituye un mercado separado [...] igual conclusión a la que ha llegado la autoridad de España”

En este sentido, y considerando que en Ecuador existe un solo campeonato profesional de fútbol tanto en la Serie A y B, a priori se observa que dentro del territorio nacional, desde el punto de vista de la demanda difícilmente se podría encontrar un producto como sustituto cercano, esto dado a que los espectadores ecuatorianos en general no consideran a otro tipo de campeonato o deporte como sustituto. Por otro lado, desde el punto de vista de la oferta, al ser la FEF la única ofertante de los derechos de transmisión del Campeonato Nacional de Fútbol y dado que por el interés de los equipos locales dichos se venden a nivel nacional (mercado geográfico) se puede establecer a priori que existen indicios de que el mercado de los Derechos de Transmisión del Campeonato Nacional de Fútbol conforma un mercado relevante propio. Sin embargo es necesario realizar una investigación a fondo a fin de corroborar este tema (...).”

4.2. Poder de Mercado

“(...) La FEF, en su escrito de explicaciones señala que:

“[...] Mediante sesión de fecha 6 de enero de 2012 del Congreso Ordinario de Fútbol Profesional se resolvió por votación mayoritaria de los delegados presentes, que los derechos de televisión de los campeonatos ecuatorianos de fútbol, que son organizados y administrados por la Federación Ecuatoriana de Fútbol, sean negociados y otorgados



directamente por la FEF, en virtud de las facultades otorgadas a la misma por parte de la Federation Internationale de football [sic] (FIFA)

En consecuencia la FEF el marco [sic] de sus competencias y en cumplimiento del artículo 48 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación tiene el deber de:

“5. Planificar y ejecutar una vez por año campeonatos nacionales de su deporte:”

Para cumplir con tal deber, la FEF inició en septiembre del 2016 un proceso de invitación y análisis de ofertas para escoger un socio estratégico para la cesión de sus Derechos de Transmisión del Campeonato Ecuatoriano de Fútbol [...]”

En este sentido, tal como se señaló en el apartado anterior, asumiendo que el mercado de los Derechos de Transmisión del Campeonato Nacional de Fútbol conforma un mercado relevante propio, se observa que la FEF es el único ofertante de dichos derechos y al no existir barreras de entrada se podría determinar a priori que la FEF ostenta poder de mercado (...)”.

4.3. Sobre la Pertinencia de la Adopción de Medidas Preventivas

“(...) Dentro de la solicitud de medidas preventivas requeridas por el operador económico DIRECTV ECUADOR C. LTDA, en el escrito ingresado a la Secretaria General de la SCPM, el 16 de enero de 2018, se solicita la adopción de un régimen de transacción mientras se resuelve el expediente principal o alternativamente la FEF pueda concluir un nuevo proceso de Licitación de los Derechos de Transmisión del Campeonato Ecuatoriano de fútbol, dicho régimen de transición debe tener una duración de por lo menos la primera fase del Campeonato Nacional de Fútbol y de ser necesario se iría renovando periódicamente (...)”.

“(...) De este modo, el operador económico DIRECTV ECUADOR C. LTDA, se señala que el régimen de transición de ser “absolutamente y pro-competitivo” sin perjudicar a la FEF para lo cual propone:

“(...) a. Contemple el pago a la FEF de la totalidad del valor fijo acordado para 2018 (reconociendo el incremento alcanzado respecto a la situación vigente hasta el 2017) por lo que respecto al año 2018 sería de USD 22 millones (de los cuales USD 3 millones corresponderían a los Derechos fuera del Ecuador, USD 500 mil a los Derechos para transmitir por internet en Ecuador y el exterior, y USD 18.5 millones a los Derechos para televisión en Ecuador con derecho a acceso a internet exclusivamente a sus propios clientes) y, en caso que la duración del Régimen de Transición sea por fases, el 50% de los valores indicados por cada fase (valores a ser pagados en cuotas mensuales, por adelantado) (...)”.

“(...) b. que, al menos respecto de los Derechos para televisión en Ecuador, sea abierto a todos los operadores de audio y video por suscripción que deseen adquirir los Derechos (sin exclusividad) sea individual o conjuntamente, y el precio sea proporcional al número de suscriptores de cada operador que adquiera los Derechos, de manera que pueda estar disponible al 100% (...)”.

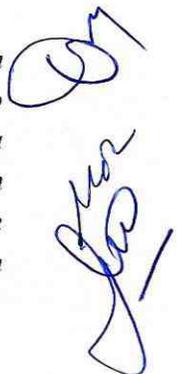
“(...) e. que, además por cuanto para explotar los Derechos es preciso contratar la producción de la llamada “señal limpia”, es decir, de la transmisión audiovisual con ruido de cancha, también se imponga a quien (es) adquiera (n) los Derechos y contrate (n) tal señal, que esté (n) obligado (s) a ofrecer compartiendo los costos proporcionalmente al número de suscriptores de cada operador que utilice la misma (...)”.

“(...) En base a lo anterior, es importante señalar que según el artículo 1 de la LORCPM “[...] 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 control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”. Por lo que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado no es competente para señalar las condiciones del régimen de transición solicitadas, específicamente en lo referente a los precios de los Derechos de Transmisión del Campeonato Nacional de Fútbol (...)”.

“(...) Por otro lado, considerando que los operadores económicos denunciados TENFIELD S.A. y GOLTV LATINOAMERICA S.A., no han remitido sus respectivas explicaciones y que actualmente la DNIAMP se encuentra realizando actuaciones necesarias a fin de poder recabar la información necesaria. Esta unidad de investigación no cuenta con información suficiente para poder tener los elementos de juicio necesario para determinar la comisión o no de presuntas conductas anticompetitivas. Por lo que se considera que la adopción de medidas preventivas con el régimen de transición solicitado, puede adelantar el criterio a favor de una de las partes. En este sentido, esta unidad de investigación no considera pertinente la adopción de las medidas preventivas solicitadas (...)”.

6.2.- CONCLUSIONES.-

“(...) Dado lo señalado en el escrito de denuncia y considerando que en Ecuador existe un solo campeonato profesional de fútbol tanto en la Serie A y B, a priori se observa que dentro del territorio nacional, desde el punto de vista de la demanda difícilmente se podría encontrar un producto sustituto cercano, esto dado que los operadores ecuatorianos en general consideran a otro tipo de campeonato o deporte como sustituto. Por otro, desde el punto de vista de la oferta, al ser la FEF la única ofertante de los derechos de transmisión



del Campeonato Nacional de Fútbol y dado el interés de los equipos locales dichos derechos se venden a nivel nacional (mercado geográfico) se puede establecer a priori que existen indicios de que el mercado de los Derechos de Transmisión del Campeonato Nacional de Fútbol conforma un mercado relevante propio (...)”.

“(...) Asumiendo que el mercado de los Derechos de Transmisión del Campeonato Nacional de Fútbol conforma un mercado relevante propio, se observa que la FEF es el único ofertante de dichos derechos lo cual a priori, nos da un indicio que la FEF ostenta poder de mercado. Sin embargo, tal como se señaló anteriormente, es necesario realizar una investigación a fondo a fin de corroborar o desestimar este tema (...)”.

“(...) La denuncia fue presentada en contra de los operadores económicos FEDERACIÓN ECUATORIANA DE FUTBOL, TENFIELD S.A. y GOLTV LATINOAMERICA de los cuales los dos últimos fueron notificados con dicha denuncia mediante carta negativa en el exterior, y debido a los tiempo que conllevan estas notificaciones, hasta la presente fecha esta Autoridad no ha recibido una respuesta sobre si la notificación se ha realizado (...)”.

“(...) La Superintendencia de Control del Poder de Mercado vela por la defensa del bienestar general, la eficiencia económica o los derechos de los consumidores o usuarios; mas no por el interés particular de los operadores económicos (...)”.

“(...) la Superintendencia de Control del Poder de Mercado no es competente para señalar las condiciones del régimen de transición solicitadas, específicamente en lo referente a los precios de los Derechos de Transmisión del Campeonato Nacional de Fútbol (...)”.

“(...) Considerando que los operadores económicos denunciados TENFIELD S.A. y GOLTV LATINOAMERICA S.A., no han remitido sus respectivas explicaciones y que actualmente la DNIAPM se encuentra realizando actuaciones necesarias a fin de poder recabar la información necesaria. Esta unidad de investigación no cuenta con información suficiente para poder tener los elementos de juicio necesario para determinar la comisión o no de presuntas conductas anticompetitivas, por lo que se considera que la adopción de las medidas preventivas con el régimen de transición solicitado, puede adelantar criterio a favor de una de las partes. En ese sentido, esta unidad de investigación no considera pertinente la adopción de las medidas preventivas solicitadas (...)”.

6.3.- RECOMENDACIÓN

“(...) En base a la información recopilada y procesada a la fecha de emisión de este informe dentro del expediente de investigación, en aplicación a la normativa legal indicada; y en atención a las conclusiones expuestas, este órgano de investigación recomienda a su Autoridad de conformidad con las atribuciones y potestades que le confiere la ley y la norma reglamentaria a la Comisión de Resoluciones de Primera Instancia, no acoger la solicitud

de medidas preventivas, en virtud de los artículos 74 y 75 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM.

SEPTIMO.- FUNDAMENTOS PARA EL PRONUNCIAMIENTO DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS SOLICITADAS.-

7.1.- En mérito de los elementos aportados en las diferentes solicitudes de medidas preventivas realizadas por la **COPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP** y **DIRECTV ECUADOR C. LTDA**, se desprende que son sustancialmente diferentes. Mientras que en mayo de 2017 se solicitó que se deje sin efecto la adjudicación dentro del proceso contractual entre **GOLTV** y la **FEDERACIÓN ECUATORIANA DE FUTBOL**, medidas preventivas que no eran posibles de aplicar considerando que el contrato ya había sido suscrito en enero de 2017. Situación que no era conocida al momento de resolver.

7.2.- En diciembre de 2017, **DIRECTV ECUADOR C. LTDA**, ya sin el denunciante **CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP**, requirió nuevas medidas preventivas en la que solicitó se suspendan los efectos jurídicos del contrato suscrito entre **GOLTV** y la **FEDERACIÓN ECUATORIANA DE FUTBOL**. Esta medida fue negada porque la CRPI consideró que la adopción de las medidas preventivas solicitadas vulneraría el bienestar general de los consumidores y usuarios de la transmisión televisiva de los partidos de futbol, el perdedor sería el público consumidor de este servicio.

7.3.- El 16 de enero de 2018, **DIRECTV ECUADOR C. LTDA** solicitó la misma medida preventiva y que en lo principal consisten en la suspensión de los efectos jurídicos del contrato celebrado entre la **FEDERACIÓN ECUATORIANA DE FUTBOL** y **GOLTV**, así como la imposición de un régimen de transición abierto y pro competitivo a la Federación Ecuatoriana de Futbol por parte de la SCPM.

7.4.- Se plantea que los efectos nocivos sobre los consumidores y usuarios de la transmisión de futbol podrían ser superados por el régimen de transición solicitado en las medidas preventivas de enero de 2018; pero, el régimen de transición propuesto implica una intervención de la SCPM sobre la Federación Ecuatoriana de Futbol. La facultad de intervenir por parte de la SCPM, según la LORCPM se atribuye exclusivamente al incumplimiento de medidas correctivas dictadas por la autoridad de competencia, de conformidad con al literal c) del artículo 76 de la Ley que prescribe: "(...) *En caso del abuso de poder de mercado y acuerdos colusorios, designar un interventor temporal del operador u operadores económicos involucrados, con la finalidad de supervisar el cumplimiento de las medidas*

El Reglamento General a esta Ley establecerá los deberes y facultades de dicho interventor". Por consiguiente, plantear un régimen de transición impuesto desde la Superintendencia de Control de Poder de Mercado a la Federación Ecuatoriana de Futbol, no



resulta procedente por carecer, la autoridad de la competencia, de las atribuciones necesarias establecidas en la ley.

OCTAVO.- En mérito de las consideraciones y los fundamentos de orden técnico y jurídico que anteceden, al tenor de lo previsto en los artículos 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y 74 de su Reglamento de Aplicación, la Comisión de Resolución de Primera Instancia.

RESUELVE

1. **ACOGER** parcialmente la recomendación constante en el Informe No. **SCPM-DNIAPM-002-2018** de 01 de febrero de 2018, suscrito por el Dr. Marcelo Blanco, Director Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, remitido mediante memorando **SCPM-IIAPMAPR-018-2017** de 01 de febrero de 2018, firmado por el Dr. Han Ehmig Dillon, Intendente de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas,
2. **NO ADOPTAR** las medidas preventivas solicitadas por el operador económico **DIRECTV ECUADOR C.LTDA**, que en lo principal consisten en la suspensión de los efectos jurídicos del contrato celebrado entre la **FEF y GOLTV**, así como la imposición de un régimen de transición abierto y pro competitivo a la Federación Ecuatoriana de Fútbol.
3. **NOTIFICAR** con la presente decisión a los operadores económicos **DIRECTV ECUADOR C. LTDA, CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP Y FEEDERACIÓN ECUATORIANA DE FUTBOL**, así como a la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM
4. **ACTUE** en calidad de Secretario **AD-HOC** de la Comisión de Resolución de Primera Instancia el abogado Freddy Pacheco Guevara.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
PRESIDENTE

Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO

Dr. Diego Jiménez Borja
COMISIONADO

