



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
- **Órgano de origen:** Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas  
-INICAPMAPR-
- **Expediente de origen:** SCPM-IGT-INICAPMAPR-14-2022
- **Expediente Apelación:** SCPM-INJ-1-2023
- **Denunciante / Apelante:** SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y COMPOSITORES ECUATORIANOS -SAYCE-
- **Denunciados:** GRUPO -SETEL-  
DIRECTV ECUADOR C. LTDA. -DIRECTV-  
ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE  
TELECOMUNICACIONES -ASETEL-

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-** Quito, DM, 24 de marzo de 2023, a las 13h30.- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada consta agregada al expediente, el cual atiende el Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos –SAYCE-, en contra de la Resolución de 19 de diciembre de 2022 a las 17h13, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas – INICAPMAPR-dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-14-2022; en uso de mis facultades legales, dispongo:

#### **PRIMERO.- INCORPORACIÓN DOCUMENTAL.**

a) Agréguese al expediente la Razón de 23 de marzo de 2023, mediante la cual se deja constancia de la no instalación de la audiencia señalada para el 23 de marzo de 2023 a las 09h30, en virtud del pedido de diferimiento de los operadores económicos -SAYCE- y -ASETEL-.

#### **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-**

Verificada que ha sido la tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, se desprende que la misma no adolece de vicios de procedimiento, ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal; por lo que se declara la validez del mismo.



### **TERCERO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-**

El operador económico Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos -SAYCE-, a través de su abogado patrocinador, Dr. David Sperber Vilhelm, mediante escrito ingresado en la ventanilla de la Secretaría General esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado -SCPM-, el 17 de enero de 2023 a las 15h49 con número de trámite ID. 262702, presentó recurso de apelación en contra de la Resolución de 19 de diciembre de 2022, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (INCAPMAPR), dentro del Expediente Administrativo signado con el número SCPM-IGT-INICAPMAPR-14-2022. El compareciente legitimó su calidad mediante escritos presentados el 09 de febrero y 14 de marzo de 2023.

Mediante providencia de 24 de enero de 2023 a las 15h30, una vez que fue debidamente verificado que la impugnación cumplió con los requisitos formales y sustanciales establecidos en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado [IGPA], como son el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación, se dispuso la admisión a trámite del recurso de apelación.

### **CUARTO.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-**

El acto administrativo que se impugna es la Resolución de 19 de diciembre de 2022 a las 17h13, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-14-2022, en la que se resolvió:

*“[...] PRIMERO: Considerar parcialmente satisfactorias las explicaciones presentadas por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES (ASETEL), respecto de la denuncia ingresada por el operador económico SAYCE.*

*SEGUNDO: No considerar satisfactorias las explicaciones presentadas por el operador económico SETEL S.A., respecto de la denuncia ingresada por el operador económico SAYCE, en tanto y en cuanto, no ha brindado a esta autoridad elementos suficientes de descargo, para ser valorados a profundidad, sobre la existencia o inexistencia de la conducta colusoria denunciada.*

*TERCERO: Considerar parcialmente satisfactorias las explicaciones presentadas por DIRECTV ECUADOR C. LTDA, respecto de la denuncia ingresada por el operador económico SAYCE*

*CUARTO: Ordenar el ARCHIVO del expediente signado con el No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-14-2022, debido a que no se han identificado méritos para la prosecución de la investigación por infracciones al artículo 11 (cláusula general) y los numerales 1, 9, 11 y 13 de la LORCPM, por las siguientes consideraciones:*

*i) Ausencia de concurrencia de voluntades, a nivel horizontal.*



*ii) No existen elementos que permitan presumir el intercambio de información estratégica ni confidencial por parte de los denunciados.*

*iii) No existen elementos procesales que permitan presumir que los denunciados han obligado, aplicado represalias o disuadido a SAYCE, para que se comporte de manera determinada en el mercado de gestión de derechos.*

*iv) Solo existe un acuerdo entre DIRECTV y SAYCE, que genera obligaciones para las partes; y en el cual no existe elementos que permitan afirmar la interferencia de los otros dos denunciados. En el caso de ASETEL y SETEL, no tiene contrato suscrito con SAYCE, es decir, no existe el elemento que fue denunciado como mecanismo para coludir.*

*v) La presunta negativa de pago y negociación, por parte de SETEL, no puede ser entendida como una conducta anticompetitiva, por si sola, dado que, lo único existente es una obligación legal; que puede ser exigida ante las autoridades competentes.*

*vi) Respecto de DIRECTV existe una obligación legal generada por la resolución 001; y la presunta negativa de negociación y pago producto del contrato a partir del año 2016, tampoco puede ser entendida como una conducta anticompetitiva, al no identificarse elementos en el expediente de que este comportamiento haya sido acordado con los otros denunciados [...]"*

#### **QUINTO.- PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECORRENTE.-**

El operador económico Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos –SAYCE- en el escrito que contiene el recurso de apelación, acápite VII, solicita:

*“[...] admita esta apelación y revoque la resolución SCPM-IGT-INICAPMAPR-14-2022 de 19 de diciembre de 2022 emitida por la Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado por cuanto fueron violados los derechos de SAYCE y ordene el inicio del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-14-2022.”*

Pretensión por medio de la cual el recurrente solicita se deje sin efecto el acto administrativo contenido en la Resolución de 19 de diciembre de 2022 a las 17h13, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas –INICAPMAPR-dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-14-2022, consecuencia de la denuncia presentada por el operador económico Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos -SAYCE-, por las prácticas tipificadas en la cláusula general prohibitiva, y numerales 1, 9, 11 y 13 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, presuntamente cometidas por los operadores económicos DIRECTV ECUADOR C. LTDA. -DIRECTV-, ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES -ASETEL-; y, GRUPO SETEL, conformado por SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A. -SETEL- EMPRESA DE TELEVISIÓN SATELCOM S.A. -SATELCOM-, TEVECABLE S.A. -TEVECABLE-; y, GRUPO EMPRESARIAL STCT S.A.



En la forma de exposición del escrito que contiene el recurso de apelación que se atiende, el recurrente estructura su impugnación en la falta de aplicación de los numerales 1 y 9, así como de la cláusula general prohibitiva del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, manifestando en el acápite II de su escrito que:

*“[...] Sin embargo, la INICAPMAPR decidió de forma inmotivada archivar el expediente de investigación puesto que aduce que no encontró indicios de violación al Artículo 11 de la LORCPM, a pesar de que existen indicios unívocos, concertantes y conexos que ameritan la existencia de una investigación.”*

En lo que corresponde a la cláusula general prohibitiva del artículo 11 de la LORCPM, el recurrente indica:

*“[...] La Intendencia [...] concluye de forma adecuada que es necesario que se reúnan tres requisitos [...] En resumen, sí se cumplen los tres requisitos:*

- a) Concurso de voluntades o comportamiento coordinado entre dos o más operadores económicos; Como consta en la denuncia, esta fue planteada en contra de tres operadores económicos, de los cuales DIRECTV y GRUPO SETEL son competidores y participan en el mismo mercado relevante de “televisión pagada”. DIRECTV y GRUPO SETEL son socios — miembros de ASETEL, asociación que agrupa a operadores de televisión pagada y otros. Por ende, sí se cumple este requisito.*
- b) La colusión tenga una restricción apreciable en la competencia, mediante un acuerdo que por su objeto o efecto es anticompetitivo; De la simple revisión de los actos colusorios denunciados estos afectan a la libre competencia, en especial, por cuanto DIRECTV Y GRUPO SETEL lideran el mercado relevante de servicio de televisión prepaga y tienen ingresos superiores sumados de más de US \$ 220 millones. Por ende, sí se cumple este requisito.*
- c) Afectación actual o potencial en el mercado nacional [o regional]. Está demostrado en la denuncia el acuerdo expreso o tácito de los denunciados afectó de manera real a SAYCE, sus socios, al bienestar general y a los competidores. Los tres denunciados operan a nivel nacional. Por ende, sí se cumple este requisito.*

*[...] la jurisprudencia nacional y comparada determinan que las conductas colusorias deben necesariamente entenderse e interpretarse de la siguiente forma y no como de forma errada lo hizo la Intendencia:*

- a. El concepto de acuerdo debe interpretarse en sentido amplio a fin de comprender todas las formas de colusión y coordinación que puedan derivar en tal resultado.*
- b. Los operadores económicos se asocian en un plan común que limita o puede limitar su política comercial al determinar sus pautas de acción en el mercado, pudiendo ser dicho acuerdo explícito o estar implícito en el comportamiento de las partes.*



*c. El objetivo del acuerdo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial o la negativa a hacer algo como es el pago.*

*d. La práctica prohibida se concreta en una identidad de comportamientos conocidos de forma expresa o tácita por los operadores económicos involucrados, que no se explican de manera natural por la propia estructura o condiciones de competencia del mercado, y que por eso, inducen a pensar en la existencia de acuerdos tácitos o formas de coordinación entre operadores económicos que no pueden ser expresamente probadas.*

*e. Esta tipología de acuerdos colusorios, por su propia característica y condición, y por la consciencia de las partes de que están realizando una conducta prohibida y dañina para la economía y el interés general, suelen ser acuerdos secretos con el fin de evitar que sean conocidos por otros competidores ajenos a la práctica, los clientes y en particular por las autoridades de competencia.*

*f. En virtud de que estos acuerdos anticompetitivos son esencialmente secretos, no es posible ser expresamente probados. Por ende, es legítimo aplicar las pruebas sobre la base de indicios unívocos, concordantes y conexos, además de realizar las inspecciones y demás medidas investigativas que considere prudente.*

*[...] en el expediente que la Intendencia, de forma arbitraria e ilegal resolvió archivar, constan Indicios y pruebas unívocos de la existencia de colusión entre ambos operadores económicos SETEL y DIRECTV al existir una igualdad de comportamientos desde enero del 2017 hasta la presente fecha. Esta conclusión se materializa el 26 de noviembre de 2020, a través de un Acta de Junta de ASETEL, donde a petición de DIRECTV, quien previamente reconoció la existencia de la relación comercial con SAYCE, solicita a que ASETEL denuncie a SAYCE por conductas supuestamente abusivas, todo esto bajo el apoyo y voto de Grupo SETEL.*

*[...] existe una falta e incorrecta motivación por parte de la Intendencia, al omitir y no considerar estos hechos que son evidentes al constar en el expediente y sus pruebas, que constituyen de conformidad a la jurisprudencia nacional y comparada, indicios unívocos, concordantes y conexos de la existencia de una acuerdo prohibido entre DIRECTV y SETEL, mismos que utilizaron como medio a ASETEL, así lo debe resolver Señor Superintendente y admitir esta apelación [...].”*

Con respecto al numeral 1 del artículo 11 de la LORCPM, SAYCE menciona que existió un grave error por parte de la Intendencia, pues:

*“[...] DIRECTV en el 2017, al tener vinculación con SETEL -ya que ambos son socios de ASETEL- compartieron o pudieron compartir información y datos de forma directa y/o indirecta, en especial en el que DIRECTV conoce que SETEL no reconocía la relación comercial legal con SAYCE desde el 2012. Además, el acto colusorio de acordar*



*de denunciar a SAYCE por supuesto de poder de mercado que le beneficia su negativa de pago a os [sic] dos cableoperadores.*

*De este modo, existen indicios unívocos que permiten descifrar un acuerdo de forma expresa o tácita, a través de comportamientos semejantes, negando la existencia de la relación comercial con SAYCE desde enero del 2017. Por ello, el acuerdo prohibido se materializa en el 2017 (aun cuando pudo configurarse antes), cuando DIRECTV y SETEL ya formaban parte de ASETEL y podía intercambiar dicha información.*

*[...] en ningún momento la Intendencia analizó que DIRECTV y SETEL, al ser miembros de ASETEL desde el 2014, podían intercambiar información o datos que demuestren fehacientemente las conductas contrarias por parte de DIRECTV y SETEL. Incluso, estos indicios toman más relevancia en el caso de DIRECTV, ya que DIRECTV va en contra de sus propios actos al posteriormente desconocer la existencia de la relación legal comercial con SAYCE. Este intercambio de información se evidencia en la recomendación colectiva o conducta semejante de SETEL y DIRECTV, ya que ambos conocen las travas [sic] administrativas y las falencias del procedimiento de propiedad intelectual, ya que van más de 10 años sin cancelar SETEL a SAYCE.*

*Finalmente, el intercambio de información se materializó en las conductas semejantes de DIRECTV y SETEL al negar la existencia de la relación comercial con SAYCE; peor aun cuando DIRECTV sí reconoció y pagó a SAYCE en el año 2011 y sin cambiar la Decisión 351 de la Comunidad Andina y Ley de Propiedad Intelectual y luego el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (las 3 normas reconocen las obligaciones de los cableoperadores al usar o explotar los derechos de autor que gestiona SAYCE), luego cambio [sic] de posición de forma “inexplicable”. La Intendencia en ningún momento se percató, que la respuesta de DIRECTV y SETEL en los procedimientos administrativos ante la Autoridad de propiedad intelectual son en esencia la misma; la de negar la existencia de la relación comercial con SAYCE. Por ello, existen elementos unívocos que permiten descifrar que la misma recomendación colectiva proviene del intercambio de información IRECTV [sic] y SETEL, al ser miembros de ASETEL desde el 2014; por lo cual Señor Superintendente debe admitir esta apelación [...]*

En relación al numeral 9 del artículo 11 de la LORCPM, correspondiente a la concertación con el propósito de disuadir a un operador económico de una determinada conducta, aplicarle represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado, el operador económico manifiesta:

*“[...] En este punto, la Intendencia efectúa un error sustancial -que en nuestra opinión- se encuentra vinculado a un error y falsedad presentado por la denunciada DIRECTV. [...] el señor Ferro mintió ante la Intendenta y logró confundirla por los siguientes dos (2) elementos, uno fáctico y otro jurídico que demuestran con claridad que esta afirmación desnaturalizada es falsa:*

- a. En primer lugar, el elemento fáctico constituye la comunicación de 25 de enero de 2017 en el cual SAYCE notificó por escrito a DIRECTV la culminación del acuerdo*



*entre SAYCE y DIRECTV de 17 de noviembre de 2011 (véase ANEXO 1). Del mismo modo, SAYCE solicitó una reunión en la cual puedan negociar una nueva tarifa y un nuevo acuerdo (en este anexo consta la fe de recepción de DIRECTV). La comunicación determina sin error a equivocación que se encuentra terminada la relación comercial legal entre SAYCE y DIRECTV.*

- b. Segundo, el acuerdo de pago entre DIRECTV y SAYCE de 17 de noviembre de 2011 vigente hasta el 2017, por su propia naturaleza constituye a un negocio jurídico bilateral a título oneroso. Como bien lo afirma el profesor Luís Parraguez, “(n)uestro Código Civil no contempla una disciplina o sistema general del negocio jurídico. Ni siquiera puede decirse que disponga propiamente de una teoría general del contrato, aunque bastante de ello pareciera fluir de varios Títulos (1, II IV, V, XI, XI y XX) de su Libro IV dedicado a Las obligaciones en general y los contratos”<sup>5</sup>.*

*[...] es contrario a la Constitución, ley y a los elementos fácticos previamente expuestos concluir que existe un negocio jurídico vigente entre SAYCE y DIRECTV, cuando de forma expresa SAYCE a [sic] negado la existencia del negocio jurídico (elemento fáctico) y más aún cuando DIRECTV y SAYCE no han configurado el elemento esencial de cualquier negocio jurídico bilateral a título oneroso, es decir, el precio justo por la contraprestación realizada. En virtud de lo expuesto, es falso y de mala fe lo afirmado por DIRECTV a la Intendencia -que al asumir como cierto lo afirmado por DIRECTV concluyó que no existe evidencia de una concertación por parte de SETEL y DIRECTV en contra de SAYCE con la finalidad de que este se disuada de negociar la contraprestación correspondiente bajo parámetros justos y equitativos. Por ello, Señor Superintendente debe admitir esta apelación [...]*”

## **SIXTO.- PROBLEMA JURÍDICO A TRATARSE.-**

Conforme la exposición del operador económico Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos –SAYCE- en el recurso de apelación interpuesto, se establece como problema jurídico a tratarse, analizar la presunta inobservancia a la garantía de motivación, respecto de: **a)** La aplicación de los artículos 11 y 54 de la LORCPM como parámetro de orden de archivo del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-14-2022; y, **b)** Falta de análisis de los elementos fácticos procedimentales como parámetro de la existencia de indicios conductuales, que llevaron a la resolución de archivo en el Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-14-2022.

Para efectos de desarrollo, se analizarán -de la verdad procesal- los argumentos de hecho y de derecho del acto administrativo impugnado, bajo los vicios presentados por el recurrente como fundamento de la pretensión de revocatoria.



## **SÉPTIMO.- CONSTANCIA PROCESAL.-**

De la revisión de los recaudos procesales constantes en el expediente administrativo objeto de análisis, así como del expediente en el que se sustancia el presente recurso, se destacan como principales constancias procesales las que se detallan a continuación:

### **a) Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-14-2022:**

Las constancias procesales que se anotan son las que se consideran relevantes para el presente análisis, lo que no quiere decir que no se haya revisado el expediente administrativo en su integridad:

1. Con escrito y anexos de 18 de octubre de octubre de 2022 a las 15h27, número de trámite ID 255778, el operador económico Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos –SAYCE- presentó una denuncia en contra de: **1) DIRECTV ECUADOR C. LTDA. (DIRECTV); 2) SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A. (SETEL) y 3) ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES (ASETEL)**, por presuntas conductas anticompetitivas, establecidas en el artículo 11 (cláusula general prohibitiva), y también los numerales 9, 11 y 13 del mismo artículo;
2. Mediante providencia de 01 de noviembre de 2022 a las 12h49, signada con el número de trámite ID 256897, se avocó conocimiento del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-14-2022 y requirió al denunciante aclarar y/o completar su denuncia de conformidad con los ordinales b), c), d), e), f) y g) del artículo 54 de la LORCPM;
3. Con escrito y anexos de 08 de noviembre de 2022 a las 17h14, número de trámite ID 257337, el operador económico Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos -SAYCE- aclaró y completó la denuncia conforme lo dispuesto en providencia de 01 de noviembre de 2022 a las 12h49; indicando que, las conductas denunciadas corresponderían a la cláusula general prohibitiva el artículo 11 de la LORCPM, en conjunto con los numerales 1, 9, 11 y 13; así como, adicional de los operadores económicos denunciados en su escrito de 18 de octubre de 2022, las empresas denunciadas serían: **1) DIRECTV ECUADOR C. LTDA. -DIRECTV-; 2) ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES (ASETEL); y, 3) GRUPO -SETEL-**, conformado por: **SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A. (SETEL); EMPRESA DE TELEVISIÓN SATELCOM S.A.(SATELCOM); TEVECABLE S.A. (TEVECABLE), y, GRUPO EMPRESARIAL STCT S.A.;**
4. Mediante providencia de 11 de noviembre de 2022 a las 12h15, número de trámite ID 257706, se da por cumplido lo dispuesto en el ordinal TERCERO de la Providencia de 01 de noviembre de 2022 a las 12h49, calificando la denuncia como completa, y - conforme el artículo 55 de la LORCPM y el artículo 60 del RLORCPM, dispuso correr traslado a los denunciados para que en el término de quince (15) días, presenten sus explicaciones;



5. Con escrito de 02 de diciembre de 2022 a las 14h10, número de trámite ID 259580, ASETEL, presentó las explicaciones a la denuncia;
6. Con escrito de 02 de diciembre de 2022 a las 16h02, número de trámite ID 259603, DIRECTV, presentó las explicaciones a la denuncia;
7. Con escrito de 02 de diciembre de 2022 a las 17h02, número de trámite ID 259615, GRUPO SETEL, presentó las explicaciones a la denuncia;
8. Mediante Resolución de 19 de diciembre de 2022 a las 17h13, la INICAPMAPR dispuso el archivo del expediente.

#### **b) Expediente Administrativo SCPM-INJ-1-2023**

En la sustanciación del recurso de apelación se hacen constar las actuaciones relevantes, sin que esto implique que no se estudió el proceso en su integridad:

1. Memorando SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2023-009 de 18 de enero de 2023, por medio del cual, la INICAPMAPR pone en conocimiento de esta Autoridad, el contenido de la providencia de 17 de enero de 2023, emitida dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-14-2022, y traslada copia certificada del Recurso de Apelación y anexos, presentados por el operador económico Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos -SAYCE-, signado con el número de trámite ID 262702.
2. Providencia de 24 de enero de 2023 a las 15h30, por medio de la cual esta autoridad avocó conocimiento del Recurso de Apelación y dispuso: **i.** al operador económico Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos -SAYCE-, ratificar la actuación realizada por el doctor David Sperber Vilhelm; y, **ii.** correr traslado con el recurso de apelación a los operadores económicos -DIRECTV-, -ASETEL-; y, GRUPO SETEL.
3. Escrito presentado por el operador económico -ASETEL- el 27 de enero de 2023 a las 15h43, con número de trámite ID 263766, por medio del cual presentó sus alegaciones;
4. Escrito presentado por el operador económico -DIRECTV- el 27 de enero de 2023 a las 15h51, con número de trámite ID 263770, por medio del cual presentó sus alegaciones;
5. Escrito presentado por el operador económico -GRUPO SETEL- el 27 de enero de 2023 a las 16h45, con número de trámite ID 263800, por medio del cual presentó sus alegaciones;
6. Escritos presentados por el operador económico -SAYCE-, el 21 de marzo de 2023 a las 16h07 y 16h35 con números de trámite ID. 267983 y 267987, respectivamente,



mediante los cuales solicita “[...] se señale fecha y hora para que las partes procesales comparezcan a la audiencia.”;

7. Providencia de 22 de marzo de 2023 a las 15h00, por medio de la cual esta autoridad señaló para el jueves 23 de marzo de 2023 a las 09h30, a fin de que las partes presenten sus argumentos de forma oral en audiencia pública;
8. Escrito presentado por el operador económico -SAYCE-, el 23 de marzo de 2023 con número de trámite ID. 268103, mediante el cual solicita que se “[...] disponga una nueva fecha y hora para que se lleve a cabo la Audiencia Pública [...], audiencia a llevarse a cabo a partir del lunes 27 de marzo de 2023.”;
9. Escrito presentado por el operador económico -ASETEL- el 23 de marzo de 2023 con número de trámite ID. 268100, por medio del cual solicita “[...] el diferimiento de la Audiencia convocada.”;
10. Providencia de 23 de marzo de 2023 a las 16h05, por medio de la cual se niega el pedido de diferimiento de la audiencia por el estado del procedimiento en función de que el plazo de resolución del recurso de apelación fenece el 24 de marzo de 2023.

#### **OCTAVO.- MARCO NORMATIVO APLICABLE.-**

Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar:

**La Constitución de la República del Ecuador –CRE-** reconoce los siguientes derechos y garantías:

*“Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”; “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 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. [...] 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] 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 [...] m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”; “Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”; “Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser*



*impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”; “Art. 213.- 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. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. [...]”; “Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley [...]”; “Art. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos: 1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. [...]”; 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.”; “Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos. 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 privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.”; “Art. 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley”.*

**La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM- manda:**

*“Art. 1.- Objeto.- 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.”; “Art. 2.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que 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 [...]”; “Art. 3.- 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”; “Art. 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o 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 el bienestar general. En particular, las siguientes conductas, constituyen acuerdos y prácticas prohibidas: 1. Fijar de manera concertada o manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto [...] 9. Concertar con el propósito de disuadir a un operador económico de una determinada conducta, aplicarle represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado. [...]”; “Art. 41.- Resoluciones.- Las resoluciones que emita la Superintendencia de Control del Poder de Mercado a través de sus órganos serán motivadas y de cumplimiento obligatorio para las entidades públicas y los operadores económicos.”; “Art. 44.- Atribuciones del Superintendente.- Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley: 1. Conocer y resolver de forma de motivada en última instancia sobre las infracciones establecidas en la ley y aplicar las sanciones pertinentes. 2. Conocer y resolver de forma motivada los recursos que se interpusieren respecto de actos o resoluciones conforme lo previsto por esta Ley y su Reglamento. [...]”; “Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.- Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición [...]”; “**DISPOSICIONES GENERALES. Primera. - Jerarquía.-** [...] En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables.”*

**El Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado -RLORCPM, señala:**

*“Art. 4.- Criterio general de evaluación.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios”;*

**El Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado –IGPA prevé:**



**“Art. 8.- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR INICIADO POR DENUNCIA.-** La denuncia será ingresada en la Secretaría General o ante su delegado en la Intendencia Regional, quién mediante el Sistema de Gestión Procesal de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, remitirá a la Intendencia General Técnica para que esta a su vez, direcciona al órgano de investigación competente a fin de que en el término de diez (10) días abra un expediente, avoque conocimiento y califique la denuncia. Realizada la calificación pueden presentarse los siguientes casos: a) Si la denuncia cumple con los requisitos previstos en el artículo 54 de la Ley, el órgano de investigación competente procederá a correr traslado al presunto o presuntos responsables con la denuncia para que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación, presenten las explicaciones que consideren necesarias, las mismas que serán ingresadas en la Secretaria General o ante su delegado en la Intendencia Regional, quien remitirá a la Intendencia respectiva. Fenecido el término para la presentación de explicaciones, el órgano de investigación competente, en el término de diez (10) días, procederá a pronunciarse mediante resolución motivada respecto del inicio del procedimiento de investigación o del archivo de la denuncia”.

#### **NOVENO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA APELACIÓN.-**

Conforme lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador -CRE<sup>1</sup>, las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia 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 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) establece para el régimen de competencia ecuatoriano:

*“El objeto de la presente Ley es [...] el control y regulación de las operaciones de concentración económica [...] 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.”<sup>2</sup>*

---

<sup>1</sup> CRE. - “Art. 213.- 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. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. [...]”

<sup>2</sup> LORCPM.- “Art. 1.- Objeto.- 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



Es así como, por mandato expreso de la LORCPM, se crea la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como un organismo técnico de control, entre cuyas potestades legales consta la de sustanciar procedimientos administrativos -entre otros- para prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado acorde al procedimiento previsto en la LORCPM y su reglamento de aplicación. Por otro lado, la Constitución de la República del Ecuador impone que cada entidad estatal debe actuar conforme a las atribuciones que le otorga el marco normativo, señalando:

*“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”*

Ateniendo al objeto y ámbito de aplicación de la LORCPM por los cuales la SCPM debe salvaguardar la efectiva competencia en el mercado, como ya se ha señalado, en la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; en concordancia con en la sección I del RLORCPM, en la que consta el presupuesto de que la Superintendencia, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, este será el parámetro de observancia como eje transversal de la revisión de la fundamentación recogida en el acto administrativo impugnado, para la atención y resolución de la apelación.

De la revisión del escrito que contiene el recurso de apelación que se atiende, y en cuidado al problema jurídico a tratarse, la impugnación será atendida con base en los presupuestos planteados por el apelante observando el cumplimiento de parámetros técnicos y legales a fin de resolver sobre la validez del acto administrativo recurrido.

En el recurso de apelación, el impugnante manifiesta que la Resolución de 19 de diciembre de 2022 a las 17h13, emitida por la INICAPMAPR debe ser dejada sin efecto debido a que, encontrándose configurado el tipo previsto en (cláusula general prohibitiva y numerales 1 y 9) el artículo 11 de la LORCPM, la Intendencia ha inobservado su aplicación y errado en su interpretación conforme a la supremacía de realidad económica, generando vulneración de la garantía de motivación y derecho a la seguridad jurídica del impugnante, por lo que cabe continuar con el procedimiento administrativo sancionador contra los operadores económicos denunciados: DIRECTV, ASETEL; y, GRUPO SETEL, por las conductas tipificadas en el artículo antes señalado.

El recurrente argumenta su solicitud de revocación, en los siguientes puntos:

1. Se configura la conducta prescrita en la cláusula general prohibitiva del artículo 11 de la LORCPM por cuanto se cumplen los 3 requisitos necesarios para configurarse la conducta antijurídica analizada, siendo estos:

---

*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”*



- 1.1 Concurso de voluntades o comportamiento coordinado entre dos o más operadores económicos;
  - 1.2 La colusión tenga una restricción apreciable en la competencia, mediante un acuerdo que por su objeto o efecto es anticompetitivo; y,
  - 1.3 Afectación actual o potencial en el mercado nacional [o regional].
2. Existe configuración de la conducta prescrita en el numeral 1 del artículo 11 de la LORCPM, por cuanto, los operadores económicos DIRECTV y GRUPO SETEL compartieron datos de forma indirecta a través del organismo común ASETEL, del cual son parte.
3. Existe configuración del tipo previsto en el numeral 9 del artículo 11 de la LORCPM debido a que:
  - 3.1 No existe un negocio jurídico entre DIRECTV y SAYCE.
  - 3.2 La Intendencia, al asumir como cierto lo afirmado por DIRECTV, erróneamente concluyó que no existe evidencia de una concertación por parte de SETEL y DIRECTV.

Determinados como han sido los presupuestos de la impugnación, con el fin de desarrollar los puntos marcados como problema jurídico a resolverse, impera la necesidad de realizar un análisis sobre la normativa pertinente, así como el revisar el análisis contenido en el acto administrativo impugnado, conforme se determina a continuación:

### 9.1.- De la motivación.-

El operador económico SAYCE, en el acápite segundo del escrito de 17 de enero de 2023 a las 15h49 del recurso de apelación, afirma:

*“[...] la INICAPMAPR decidió de forma inmotivada archivar el expediente de investigación puesto que aduce que no encontró indicios de violación al Artículo 11 de la LORCPM, a pesar de que existen indicios unívocos, concertantes y conexos que ameritan la existencia de una investigación.” (Énfasis añadido)*

Es importante recordar lo que la Jurisprudencia Constitucional señala con respecto a la deficiencia motivacional y sus efectos, pues la Corte Constitucional del Ecuador ha sostenido en reiteradas ocasiones que *“[...] una posible violación del artículo 76 numeral 7 literal l de la Constitución ocurre ante dos posibles escenarios: (i) la inexistencia de motivación [...] y (ii) la insuficiencia de motivación”*<sup>3</sup>, exigiendo así que para salvaguardarla, la misma debe cumplir con un estándar de suficiencia, independientemente de si la misma es correcta o no; en ese sentido, se

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1679-23-EP/20, de 15 de enero de 2020, párr. 44.



exige que la determinada garantía debe contener “(i) una fundamentación normativa suficiente [...] y, (ii) una fundamentación fáctica suficiente.”<sup>4</sup>

Adicionalmente, la Corte Constitucional del Ecuador ha identificado los tipos de deficiencia motivacional que deben evitarse, como un requisito indispensable para asegurar la garantía de motivación y no recaer en ni vicios ni vulneraciones, y categorizándolos de la siguiente forma:

*“[...] Hay tres tipos básicos de deficiencia motivacional: (1) la inexistencia; (2) la insuficiencia; y, (3) la apariencia. Por lo que todo cargo de vulneración de la garantía de motivación puede corresponder a alguno de estos tipos básicos.*

**(1) Inexistencia:** *Una argumentación jurídica es inexistente cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica. [...]*

**(2) Insuficiencia:** *Una argumentación jurídica es insuficiente cuando la respectiva decisión cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple el correspondiente estándar de suficiencia. [...]*

**(3) Apariencia:** *Una argumentación jurídica es aparente cuando, a primera vista, cuenta con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pero alguna de ellas es, en realidad, inexistente o insuficiente porque está afectada por algún tipo de vicio motivacional. En la jurisprudencia de esta Corte, se han identificado los siguientes tipos de vicio motivacional, aunque esta enumeración no debe entenderse como una tipología estricta ni cerrada: (3.1) incoherencia; (3.2) inatinencia; (3.3) incongruencia; e, (3.4) incomprendibilidad. En consecuencia, un cargo de vulneración de la garantía de motivación puede indicar –aunque no necesariamente con esos términos– que la argumentación jurídica es inexistente o insuficiente o aparente; en este último supuesto, el cargo apunta a la presencia de algún vicio motivacional en la argumentación. [...]*

**(3.1) Incoherencia:** *Una argumentación jurídica puede lucir suficiente, pero alguna de sus partes podría estar viciada por contener enunciados incoherentes y, por tanto, la suficiencia motivacional podría ser solo aparente, pues los enunciados incoherentes no sirven para fundamentar una decisión. [...]*

**(3.2) Inatinencia:** *Una argumentación jurídica puede lucir suficiente, pero alguna de sus partes podría estar viciada por contener razones inatinentes a la decisión que se busca motivar y, por tanto, la suficiencia*

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, párr. 28.



*motivacional podría ser solo aparente, pues la razones inatinentes no sirven para fundamentar una decisión. [...]*

**(3.3) Incongruencia:** *Una argumentación jurídica puede lucir suficiente, pero alguna de sus partes podría estar viciada por ser incongruente con el debate judicial y, por tanto, la suficiencia motivacional podría ser solo aparente, pues las respuestas incongruentes a los problemas jurídicos del caso no sirven para fundamentar una decisión. [...]* (Énfasis añadido)

Tras esta revisión de la jurisprudencia vinculante sobre la garantía de la motivación como parte del derecho a la defensa y al debido proceso, así como de la obligatoria aplicación a la que se encuentran vinculadas todas las resoluciones, ya sean estas de naturaleza administrativa o judicial, podemos concluir entonces que existen tres (3) tipos básicos de deficiencia motivacional en los que se podría recaer para la toma de decisiones de manera “inmotivada”.

El operador económico, en su escrito de apelación hace referencia a que existiría una violación de derechos a su persona jurídica, toda vez que no se han cumplido con las garantías básicas de la motivación; pues, con ausencia de la misma, la INICAPMAPR archivó el Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-14-2022, por lo que nos encontraríamos en una supuesta “inexistencia, insuficiencia o apariencia” motivacional, conforme lo planteado por Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos -SAYCE-. Se deja expresado que el libelo de la apelación no efectúa una determinación de cada uno de los tipos de vicios motivacionales, pero desarrolla el “contenido” que debería poseer –a su consideración- el acto administrativo, refiriendo a los yerros que contendría el mismo.

En ese sentido, revisando la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional del Ecuador, se habría recaído en esta deficiente motivación porque la “[...] *decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica [...]*”; porque “[...] *la respectiva decisión cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple el correspondiente estándar de suficiencia [...]*”; o, porque la decisión “[...] *cuenta con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pero alguna de ellas es, en realidad, inexistente o insuficiente porque está afectada por algún[o] de los siguientes tipos de vicio motivacional [...]*: (3.1) *incoherencia*; (3.2) *inatinentia*; (3.3) *incongruencia*; e, (3.4) *incomprensibilidad*.”

De la Resolución de 19 de diciembre de 2022 a las 17h13, emitida por la INICAPMAPR, se puede evidenciar que la misma refiere a los fundamentos fácticos y jurídicos entregados por los operadores económicos parte de la investigación, tanto denunciante como denunciados, cuyo análisis se encuentra específicamente determinado en los puntos; **1) Noveno**, con una extensa revisión de las argumentaciones presentadas por el Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos -SAYCE-; **2) Décimo**, analizando todas y cada una de las argumentaciones y explicaciones realizadas por los operadores económicos denunciados; **3) Décimo Primero**, para la determinación preliminar del mercado relevante, al amparo de la normativa vigente y los hechos del caso; **4) Décimo Segundo**, con una recopilación extensa de las conductas denunciadas y la determinación de la existencia de indicios que permitan presumir la conducta sancionable, así como la relación existente entre los operadores económicos que forman parte del presente



Expediente; y, **5) Décimo Tercera**, que analiza individual y detalladamente cada indicio probatorio presentados por las partes.

Cada uno de los puntos centrales utilizados como fundamento para la decisión resolutoria, han de servir para evidenciar la motivación realizada por la Intendencia, fundamento principal del recurso de apelación interpuesto, con lo que se desarrollará el examen del acto administrativo cuya resolución radica en la decisión de archivo del Expediente Administrativo SCPM-INICAPMAPR-14-2022.

A posterior, se procede con la identificación de la motivación expresada por parte de la INICAPMAPR, dentro de cada uno de los puntos apelados por el recurrente:

### **9.2.- De los Acuerdos y Prácticas Restrictivas en general:**

La LORCPM, dentro del elemento objetivo contenido en el artículo 11, regula y prohíbe toda conducta y acto, cuyo “objeto o efecto” afecte negativamente la eficiencia económica o el bienestar general. No siendo objeto impugnatorio la revisión del carácter de fondo de lo que constituye una conducta colusoria, en su naturaleza jurídica y normativa, la presente resolución partirá de lo expresado por la INICAPMAPR en cuanto a su desarrollo, direccionando el análisis hacia los presupuestos de la apelación.

De la revisión del apartado VI del recurso de apelación que se atiende, se presentan los fundamentos impugnatorios divididos en 3 aspectos; sin embargo, del examen de los mismos, esta autoridad los aúna por el fondo, respecto de: presunta ausencia de motivación de la decisión de archivo por falta de análisis de los elementos fácticos del procedimiento como parámetro de la existencia de indicios conductuales respecto de la cláusula general, y numerales 1 y 9 del artículo 11 de la LORCPM.

Para efectos de revisar los fundamentos del recurso de apelación en análisis, se deberá tener como base la fundamentación del acto administrativo y lo que el recurrente –en el orden del recurso– indica:

### **9.3.- Del artículo 11, numeral 1 de la LORCPM: Intercambio de Información.-**

El numeral 1 del artículo 11 de la LORCPM, indica que constituye un acuerdo o práctica prohibida:

*“1. Fijar de manera concertada o manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.”*

Habiendo identificado la conducta del tipo de conducta prohibido, la Intendencia, en conjunto con normativa internacional, concluye:

*“[...] a modo de guía, las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, respecto del intercambio de información se ha dejado por sentado que:*



*“(...) el intercambio de información también puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia, especialmente cuando puede hacer posible que las empresas tengan conocimiento de las estrategias de mercado de sus competidores. El resultado del intercambio de información desde el punto de vista de la competencia depende de las características del mercado en el que tenga lugar (tales como la concentración, la transparencia, la estabilidad, la simetría, la complejidad, etc.) y del tipo de información intercambiada, que puede modificar el entorno del mercado de referencia haciendo que sea más propicio a la coordinación”<sup>5</sup>.*

*Así mismo dentro de las directrices se ha establecido que, el intercambio de información también puede facilitar la implementación de un cartel cuando permite a las empresas controlar si los participantes cumplen las condiciones acordadas. Esos tipos de intercambios de información se evaluarán como parte del cartel<sup>6</sup>.*

*Los intercambios de información según las directrices en referencia, pueden darse de dos formas: (i) los competidores pueden compartir datos de forma directa; y, (ii) compartir los datos de forma indirecta a través de un organismo común (por ejemplo, una asociación comercial) o de un tercero, como una organización de investigación de mercado o a través de los proveedores de las empresas, e incluso operadores minoristas<sup>7</sup>. En el caso que nos ocupa nos encontraríamos en la segunda forma de intercambio de información, es decir, a través de un organismo común (ASETEL).*

*SAYCE argumenta que el intercambio se habría dado: (i) por cuanto los socios de ASETEL habrían aprobado que este ente, interponga una denuncia en contra de SAYCE ante la SCPM, por un presunto abuso de poder de mercado; y, (ii) porque el representante de DIRECTV es tesorero de ASETEL.*

*Por su parte ASETEL y DIRECTV, han argumentado que no puede existir un intercambio de información, puesto que, la información respecto de la denuncia por un presunto abuso de poder de mercado, fue conocida únicamente por abogados externos contratados para patrocinar dicha causa, y no por toda la ASETEL.*

*En suma, la denuncia establece que, la temporalidad de la conducta está dada desde el 05 de marzo de 2012 hasta la actualidad (diciembre 2022), por lo que se entiende que, el intercambio de información y todos los demás numerales, deberían acoplarse a dicha temporalidad. Ante este planteamiento, se debe considerar los siguientes hechos:*

---

<sup>5</sup> Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, apartado 58.

<sup>6</sup> Ibid; apartado 59.

<sup>7</sup> Ibid.; apartado 55.



- **Hecho 1:** SETEL es miembro de ASETEL en julio 2014; y, DIRECTV en octubre de 2014.
- **Hecho 2:** La denuncia sobre un presunto abuso de poder de mercado es ingresada en el año 2021.
- **Hecho 3:** La única acta de reunión de ASETEL, con DIRECTV y SETEL, en la que se habla de plantear una denuncia, es de 26 de noviembre de 2020.

*Por lo expuesto, en primer lugar, no podría haber intercambio de información indirecto desde 05 de marzo de 2012 hasta julio de 2014; por el simple hecho de que SETEL y DIRECTV, no son parte de ASETEL.*

*En segundo lugar, la propuesta de denuncia, se origina según los documentos constantes en el presente expediente, el 26 de noviembre de 2020; por lo que, tampoco podría existir un intercambio de información desde 2012 hasta el 25 de noviembre de 2020.*

*Finalmente, el presunto intercambio de información podría darse únicamente entre el 26 de noviembre de 2020 hasta el 2021, donde se presenta la denuncia ante la SCPM.*

*En consideración a las inconsistencias en los hechos planteados en la denuncia se desprende que, existe una incorrecta determinación de la temporalidad de la conducta.*

*Adicionalmente, existe únicamente un acta de 26 de noviembre de 2020, en la cual, se aborda el tema de la propuesta de DIRECTV:*

*“El Econ. Jorge Cevallos da la palabra al Dr. Andrés Jácome, asesor regulatorio externo, quien ha está liderando el tratamiento de este tema en las reuniones que se han mantenido entre los asociados, con el propósito de alcanzar un acuerdo como asociación y definir la posición que adoptaría ASETEL con respecto a la propuesta formulada por DIRECTV.*

*CNT EP debidamente representada por la Ab. Ana María Hidalgo manifiesta que por ser empresa pública no pueden acompañar a la ASETEL en esta demanda y pide consultar a los expertos en competencia propuestos por DIRECTV-Pérez Bustamante y Ponce- mayor información respecto al mercado audiovisual, que sería considerado como relevante, antes de realizar y presentar la demanda”.*

*En esta acta, comparecen únicamente 8 de los 20 miembros de ASETEL; uno de los asistentes incluso señala que por la naturaleza jurídica de la empresa se aparta de la sugerencia otorgada por DIRECTV.*

*En suma, se tiene que la información de la propuesta de denuncia, es manejada por terceras personas (Andrés Jácome, asesor externo); y no directamente por la propia asociación (ASETTEL). Además se estipula que, la denuncia y demás información, sea manejada por un estudio jurídico externo quienes tienen la obligación de observar el secreto profesional.*



*Con estos antecedentes, SAYCE no ha aportado indicios, ni mediante las actuaciones oficiosas que esta autoridad ha efectuado, se ha logrado obtener elementos que hagan presumir a este órgano de investigación, que efectivamente exista un intercambio de información estratégica y confidencial. Al respecto, la doctrina también ha referido que:*

*“Otros elementos que facilitan la compatibilidad del sistema de intercambio de información con las normas de defensa de la competencia serían: (i) la existencia de un número elevado de competidores; (ii) la posibilidad de que cualquier asociado pueda desvincularse del acuerdo de remisión e intercambio de información en cualquier momento; y (iii) que el producto sea poco homogéneo, la demanda no esté estancada y el mercado tenga escasa fidelidad a la marca”.*

*En el caso que nos ocupa, uno de los asistentes se aparta de la recomendación dada por DIRECTV, y por otra no están todos los asociados de ASETEL, por tanto no es factible la existencia de un acuerdo con intercambio de información en el caso que nos ocupa.*

*Sobre esto último hay que precisar que, lo único “confidencial”, podría ser el acuerdo suscrito entre DIRECTV y SAYCE, puesto que, la información restante (valores adeudados a SAYCE) no puede ser catalogada como confidencial porque: (i) las tarifas están fijadas por la resolución 001; y, (ii) en el caso de ASETEL, indica que no opera en el mismo mercado que por ley fue otorgado a SAYCE y al ser solo una asociación no le corresponde cancelar los valores reclamados por el denunciante.*

*Para hablar de intercambio de información, se debe tener en cuenta que, debe permitir a las empresas tener conocimiento de las estrategias comerciales de sus competidores y así alterar sensiblemente la competencia, o en su defecto suprimir la incertidumbre en el mercado.*

*En el caso que nos ocupa, que ASETEL haya impuesto una denuncia ante la SCPM, en la que no consta la aprobación de todos los socios, no significa que eso derive en un intercambio de información, que de vele las estrategias o comportamiento en el mercado de los socios de ASETEL.*

*En suma, tampoco se puede interpretar que, por la única existencia y/o coincidencia de que el tesorero de ASETEL, sea el representante de DIRECTV, exista un intercambio de información, puesto que, no es un indicio que permita llegar a la presunción clara e unívoca, de que el mismo genera una supresión de la incertidumbre en el mercado.*

*Por este análisis, esta autoridad, considera que de los hechos narrados por el denunciante, así como de los indicios presentados, la información remitida por ASETEL y las explicaciones presentadas, no se encuentra elemento alguno que haga presumir la existencia de un intercambio de información, entre los denunciados que transgrede el artículo 11 numeral 1 de la LORCPM.”*

- A consideración del apelante: **No existe acuerdo y/o relación comercial legal entre los operadores económico SAYCE y DIRECTV:** acarreado un yerro la INICAPMAPR a foja



39 respecto a la indicación, “[...] También hay que tener en cuenta que, DIRECTV afirma que el convenio sigue vigente y lo único en disputa son los valores a cancelarse por las tarifas de SAYCE, es decir, un aspecto del negocio jurídico [...]”, lo cual, a consideración del recurrente, influye en la decisión de archivo por error y falsedad, generando como conclusión en la Intendencia “[...] que no existe evidencia de una concertación por parte de SETEL y DIRECTV en contra de SAYCE con la finalidad de que este se disuada de negociar la contraprestación correspondiente bajo parámetros justos y equitativos [...]”.

Sin embargo de lo indicado, de la revisión del apartado 12.3 del acto administrativo de archivo, se encuentra que la referencia citada pertenece al análisis de procedencia de la presunta configuración de la conducta del numeral 9 del artículo 11 de la LORCPM, siendo que en el mismo literal c) se indique:

*“[...] Sobre la relación comercial generada entre DIRECTV y SAYCE, producto del convenio del 17 de noviembre de 2021, no se observa elementos sobre la injerencia de terceros como serían los dos denunciado restantes, para que DIRECTV haya adoptado un comportamiento coordinado.*

*Además de que, en el expediente tampoco existe ningún indicio referente a que SETEL y ASETEL, haya intervenido y/o influenciado sobre DIRECTV, para no realizar la nuevas negociaciones respecto de la tarifa a regirse partir de 2017 [...]”* (énfasis me corresponde)

Por tanto, la fundamentación del literal C (párrafos 42 al 53) del recurso de apelación, que indica la INEXISTENCIA de la relación comercial con el operador económico DIRECTV, se aleja de la conclusión que plantea en lo que refiere a la presunta ausencia de motivación del acto administrativo, pues la existencia del negocio jurídico en la referencia contextual planteada por la INICAPMAPR no es el aspecto determinante para demarcar la ausencia de concertación, contraria a la conclusión arrojada en el párrafo 53 del recurso, sino lo es la ausencia de verosimilitud de adopción de un comportamiento coordinado para la teoría del daño de colusión en cuanto al vínculo que represente injerencia de los denunciados SETEL y ASETEL.

En mérito de lo anterior, no puede ahondarse más respecto a éste fundamento, en cuanto a que no se encuentra vicio sobre la motivación del acto administrativo que afecte la orden de archivo sobre lo argumentado por el operador económico Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos -SAYCE.

#### **9.4.- Del artículo 11 de la LORCPM: Cláusula General Prohibitiva.-**

La cláusula general del artículo 11, prohíbe:

*“Art. 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o 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 el bienestar general”.*

La Intendencia, en su análisis, correcta y de manera fundamentada observa:

*“[...] El concepto de acuerdo es “(...) todo concierto de voluntades, cualquier que sea su forma de celebración, jurídicamente vinculante o no, concluido entre dos o más empresas u operadores económicos actuantes en el mercado, sea en el mismo o en distinto estadio del proceso de producción o distribución”<sup>8</sup>. Siendo esencial la concurrencia de dos o más voluntades reales y diferenciadas, con suficiente autonomía entre sí.*

*Bajo el vocablo ‘acuerdo’ se engloban todo tipo de concurso de voluntades, entre operadores económicos, con independencia de la forma en que estas voluntades se manifiesten, ya sea de manera tácita o expresa.*

*Analizando el primer requisito, los indicios del denunciante para aseverar que existe el acuerdo son: (i) ambos operadores no cancelan los valores a SAYCE; (ii) ambos denunciados se niegan a negociar con SAYCE; y, (iii) los denunciados forman parte de ASETEL, asociación que interpuso una denuncia por abuso de poder de mercado, en contra de SAYCE.*

*Por tanto, es pertinente revisar si de la verdad material del expediente y los indicios planteados por el denunciante realmente, pueden adecuarse a lo provisto en la norma como un acuerdo o práctica restrictiva.*

***(i) Ambos operadores no cancelan los valores a SAYCE.-***

*En este sentido se pasará al análisis de la presunta negativa de pago de SETEL y DIRECTV, por los derechos que le corresponderían a SAYCE, conforme lo señalado por el denunciante.*

*Sobre DIRECTV, consta en las piezas procesales del expediente que se habría suscrito un convenio de pago el 17 de noviembre de 2011, mismo que, es anterior a la promulgación de la Resolución No. 001-2012-DNDAyDC de 5 de marzo de 2012 (en adelante Resolución 001). De acuerdo a las explicaciones del operador, desde la suscripción del convenio hasta 2016, DIRECTV canceló los valores acordados en el mismo, sin embargo desde el año 2017 hasta la presente fecha, DIRECTV no ha efectuado ningún pago por el uso de los derechos.*

*En el caso de SETEL, desde la vigencia de la Resolución 001, hasta la presente fecha no ha efectuado ningún pago en favor de SAYCE; esto por cuanto conforme el escrito de*

---

<sup>8</sup> José Beneyto y Jerónimo Mailló, *Tratado de Derecho de la Competencia*, p. 247.

*explicaciones, no se encontraría obligada a cancelar ningún valor a SAYCE por concepto de derechos de autor o conexos.*

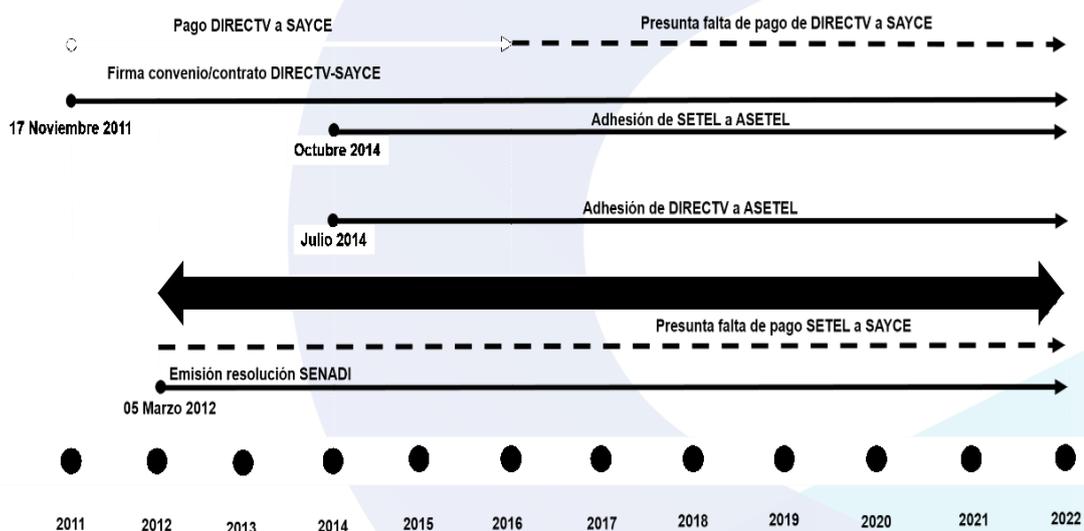
*Con estos antecedentes, se tiene la primera incongruencia en la denuncia planteada por SAYCE. La temporalidad de la conducta según el denunciante se da desde el 05 de marzo de 2012 hasta la actualidad; es decir, no considera dentro de la conducta denunciada el acuerdo suscrito con DIRECTV, y los años que el denunciado habría pagado los valores acordados con SAYCE.*

*Con estos antecedentes se tienen tres aristas para determinar desde que fecha podría existir el presunto acuerdo: (i) desde el 17 de noviembre de 2011 hasta 2016, periodo en el que DIRECTV canceló los valores a SAYCE; (ii) desde 2017 hasta la presente fecha, temporalidad en la que DIRECTV no ha cancelado ningún valor; y, (iii) desde 2012, que SETEL no ha cancelado ningún valor a SAYCE.*

*Conforme el párrafo precedente, desde 2011 hasta finales de 2016, no se observarían indicios de un comportamiento colusorio entre DIRECTV y SETEL, esto porque no tenían el mismo comportamiento; por un lado DIRECTV si cancelaba los valores a SAYCE, mientras que SETEL, no pagó ningún estipendio.*

*En cambio desde 2017 hasta la presente fecha, tanto SETEL como DIRECTV, conforme las piezas procesales del expediente no habrían cancelado ningún valor en favor de SAYCE, es decir, a priori, desde 2017 sería la temporalidad en la que presumiblemente podría existir el acuerdo, conforme se explica en el siguiente gráfico.*

**Gráfico 1. Línea de tiempo sobre la conducta colusoria denunciada**



*Elaboración: DNICAPR*

**(ii) Ambos denunciados se niegan a negociar con SAYCE.-**



*El propio denunciante manifiesta:*

*“A pesar de que estos acuerdos podrían beneficiar a DIRECTV y a SETEL, ellos se han negado a cualquier negociación a partir de 2017 (5 años) en el caso de DIRECTV y desde 2012 (10 años, que coinciden con la entrada en vigencia de la Resolución 001-2012 (pliego tarifario vigente) en el caso de SETEL ”<sup>9</sup>.*

*En este sentido DIRECTV, argumenta que, no se ha podido llegar a un acuerdo con SAYCE, por la insistencia de este último de imponer sus tarifas; respecto de SETEL, el operador argumentó que no está obligado a cancelar ningún valor a SAYCE. Sobre la validez o improcedencia del pago a ser realizado por parte de los denunciados, no le corresponde a esta autoridad pronunciarse.*

*En este punto, se parte por analizar que, continúa la incongruencia de la temporalidad de la conducta; puesto que, si SETEL se negó a negociar desde 2012, y DIRECTV desde 2017; es durante esta temporalidad (2012 – 2017) que comprende 5 años, que no podría existir un acuerdo entre ambos operadores como manifiesta el denunciante, toda vez que su comportamiento fue distinto.*

***(iii) Los denunciados forman parte de ASETEL, asociación que interpuso una denuncia por abuso de poder de mercado, en contra de SAYCE***

*Del análisis de la presente denuncia interpuesta por SAYCE y las piezas procesales obrantes en el expediente se evidencian dos inconsistencias adicionales:*

- ***Fecha de ingreso a ASETEL.-*** DIRECTV pasa a ser miembro de ASETEL, en octubre de 2014, mientras que SETEL en julio de 2014.

*Por tanto, la temporalidad de la denuncia nuevamente acarrea un error, puesto que, no puede haber ningún tipo de acuerdo entre los tres denunciados, desde el 05 de marzo de 2012 hasta octubre de 2014; esto por cuanto, no eran parte de ASETEL, ni DIRECTV ni SETEL.*

- ***Interposición de denuncia de abuso del poder de mercado.-*** La denuncia es ingresada a la SCPM en 2021; y la primera reunión mantenida en ASETEL para revisar la propuesta de DIRECTV, data de 26 de noviembre de 2020, conforme las “*Actas de Sesión Ordinaria del Consejo Directivo de ASETEL*” que constan en el expediente.

*Con base en lo expuesto y conforme las piezas del expediente, nuevamente se encuentra la incongruencia en la temporalidad de la presunta conducta, puesto*

---

<sup>9</sup> Denuncia de SAYCE. Pág. 9.



*que, desde el 05 de marzo de 2012 hasta el 25 de noviembre de 2020, no podría haber existido ningún acuerdo; puesto que, no existe documentación (actas) de respaldo, ni otros medios de comunicación y/o contacto que puedan otorgar indicios que los tres denunciados, habrían presuntamente incurrido en un acuerdo para instaurar la denuncia en contra de SAYCE.*

*Sobre el tema de legitimación activa de ASETEL, se debe tener en cuenta, lo contenido en el artículo 53 de la LORCPM, que establece: “Art. 53.- Inicio.- El procedimiento se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, por denuncia formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo” (énfasis añadido).*

*Por ende, el plantear una denuncia ante la SCPM tiene por ley una legitimación activa abierta, y por tanto, cualquier persona pública o privada puede ingresar una denuncia; es por ello que el mero hecho de que ASETEL, haya presentado una denuncia ante la SCPM, en contra de SAYCE por presunto abuso de poder de mercado, no significa que exista un acuerdo colusorio como lo afirma el denunciante; sino que podría ser el resultado del ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.*

*Respecto de la tutela judicial efectiva, la Corte Constitucional del Ecuador ha referido:*

*“La tutela judicial efectiva, como todo derecho reconocido en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, comprende una persona titular, un obligado y un contenido.*

*El titular es toda persona que tiene una pretensión que busca una respuesta de carácter jurisdiccional; el obligado es cualquier órgano que ejerza facultades jurisdiccionales, así como autoridades administrativas en el ejercicio de sus competencias en el ámbito disciplinario o en la toma de decisiones sobre derechos; el contenido, que no es fácil precisar por tratarse de un derecho complejo y compuesto, cubre todo el espectro procesal, desde las condiciones para iniciar una acción o presentar una demanda, hasta la ejecución cabal de lo resuelto definitivamente por el órgano competente”<sup>10</sup>.*

*En suma, la misma Corte Constitucional, respecto del derecho de petición establece: “En la misma línea, la Corte señaló que el derecho de petición, en su*

---

<sup>10</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 889-20-JP/21. Juez ponente: Ramiro Ávila, apartados 107 y 108.



*dimensión procesal, se entiende como un componente de la tutela judicial efectiva, en particular del acceso a la justicia”<sup>11</sup>.*

*Por tanto, entender la denuncia presentada por ASETEL, como una conducta colusoria, que transgrede el artículo 11 de la LORCPM; sería vulnerar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, así como el derecho de petición.*

*Por el análisis realizado se tiene que, existen hechos que desde el propio contenido de la denuncia, dejan a entrever que: (i) la temporalidad señalada, no coinciden en la línea de tiempo de la presunta conducta colusoria, dado que SETEL y DIRECTV, pasan a ser miembros de ASETEL en diferentes meses; y, (ii) por hechos, DIRECTV firmo un acuerdo; SETEL y ASETEL no firmaron ningún acuerdo; SETEL no paga desde 2012 los valores de la resolución 001; DIRECTV no paga los valores estipulados en el contrato desde 2017; ASETEL no debería pagar ningún valor.*

*Es por ello que, los argumentos del denunciante, carecen de una teoría del daño plausible y asidero jurídico, porque no hay ningún indicio que permita acreditar que los tres denunciados, se hayan puesto de acuerdo para no cancelar los valores a SAYCE.*

*Por tanto, no existen elementos que hagan presumir a este órgano de investigación que se haya cometido una conducta colusoria, que transgreda la cláusula general prohibitiva contenida en el artículo 11 de la LORCPM [...]”*

- El recurrente expone.- **Se cumplen los tres requisitos del elemento típico de una conducta colusoria:** SAYCE indica que (véase párrafo 12) del recurso de apelación existe: **a)** concurso de voluntades o comportamiento coordinado entre dos o más operadores económicos, por ser tres los operadores económicos involucrados; **b)** la colusión tiene una restricción apreciable en la competencia, por cuanto DIRECTV y SETEL lideran el mercado relevante de servicio de televisión prepaga; y, **c)** existe afectación actual o potencial en el mercado nacional, por afectación a SAYCE, sus socios, al bienestar general y a los competidores.

Y, como fundamento impugnatorio, indica ausencia de motivación por incongruencia con la orden de archivo, debido a que la INICAPMAPR efectuó un análisis de la ausencia de cancelación de valores a SAYCE por parte de los denunciados desde la perspectiva temporal, incurriendo en la inobservancia de la naturaleza normativa y jurisprudencial de las conductas colusorias en su interpretación en sentido amplio, en una real o potencial coordinación y cooperación (falta de autonomía) entre los denunciados, que estaría configurada por cuanto “[...] Los denunciados DIRECTV y GRUPO SETEL son competidores directos en el mismo mercado relevante; más aún cuando se reúnen o pueden reunir en el gremio ASETEL del que son parte las dos [...]”

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 141-14-EP/20. Juez ponente: Agustín Grijalva, apartado 40.



De esto último, el recurrente profundiza que para el seguimiento investigativo de una conducta colusoria, basta fundarse en los elementos estructurales constituidos en presunciones de cometimiento, que en la especie, se haría visible por la aptitud suficiente para homogeneizar las conductas dentro del comercio, o lo que es lo mismo, coordinar su comportamiento en el mercado.

Ahora bien, la Resolución de 19 de diciembre de 2022 a las 17h13, en el apartado décimo segundo, numeral 12.1, expresa –también– como parte de la motivación de análisis de existencia de colusión al amparo del artículo 11 de la LORCPM los tres requisitos citados por el recurrente, concluyendo que los indicios del acuerdo denunciado son: **i)** los denunciados SETEL y DIRECTV no cancelan los valores a SAYCE; **ii)** ambos operadores se niegan a negociar con SAYCE; y, **iii)** ambos agentes forman parte de ASETEL, cuyo examen de adecuación a una conducta colusoria se hace a partir de la verdad material del expediente administrativo.

Sobre ello, la INICAPMAPR ha concluido que las razones de no cancelación de las obligaciones alegadas por SAYCE por parte de los denunciados tienen distinto fundamento. Al respecto, esta autoridad revisa la verdad procesal del expediente administrativo, y encuentra que:

- **DIRECTV**, desde 2017 no efectúa pago por el uso de los derechos por cuanto no acepta “[...] las condiciones (especialmente el precio) que les pretende imponer un monopolio como SAYCE y que se consideran abusivas, es la reacción natural de operadores económicos en defensa de sus intereses [...] Distinto es que SAYCE y DIRECTV voluntaria y legítimamente celebraron un Acuerdo en el cual se convino in precio, pero lamentablemente no se ha alcanzado un entendimiento para el periodo posterior al 2017 [...]”<sup>12</sup>; y,
- **SETEL**, de marzo 2012 a la actualidad no efectúa el pago de derechos dado que “no se encontraría obligada a cancelar ningún valor” por ausencia de relación comercial legal, “[...] aquel hecho fáctico constituye una expresión de negativa a la existencia de una obligación civil [...] Por lo tanto, SETEL S.A. cumple de manera automática con la normativa de Propiedad Intelectual vigente, en vista de que al no ser un medio de comunicación, no está facultada a modificar ni alterar la programación de los canales que ha contratado con sus proveedores, entonces no puede, bajo ningún concepto, utilizar o beneficiarse de cualquier obra protegida por el Derecho de Autor. Esto es perfectamente entendible, dado que SETEL S.A. no cuenta con un espacio de programación para producir contenidos en donde pueda utilizar tales

---

<sup>12</sup> Escrito de DIRECTV, presentado a 02 de diciembre de 2022 a las 14h10, con número de trámite ID. 259603

*obras. Lo anterior obedece a la naturaleza del servicio que ofrece SETEL S.A., que es el de ser exclusivamente un Sistema de Audio y Video por Suscripción [...]”<sup>13</sup>*

En línea de lo expuesto, la tesis contemplada en el acto administrativo impugnado explica:

*“[...] Por el análisis realizado se tiene que [...] (ii) por hechos, DIRECTV firmo (sic) un acuerdo; SETEL y ASETEL no firmaron ningún acuerdo; SETEL no paga desde 2017; ASETEL no debería pagar ningún valor*

*[...] no hay ningún indicio que permita acreditar que los tres denunciados, se hayan puesto de acuerdo para no cancelar los valores a SAYCE.*

*Por tanto, no existen elementos que hagan presumir a este órgano de investigación que se haya cometido una conducta colusoria, que trasgreda la cláusula general prohibitiva contenida en el artículo 11 de la LORCPM [...]”*

En consecuencia, el fundamento de archivo de la INICAPMAPR reside en el incumplimiento del primer elemento de toda conducta colusoria, es decir ausencia de elementos que refieran de manera verosímil a la existencia de inicios de coordinación de voluntades, por lo que, al ser elementos cumulativos, la motivación del acto de archivo no debe ampliarse a un examen más amplio.

Tengamos en cuenta que el literal B (párrafos 12 al 38) del recurso de apelación, en cuanto a la presunta falta de motivación, analiza la cláusula general del artículo 11 de la LORCPM, y respecto del primer requisito referente al concurso de voluntades, lo limita en cuanto a que *“[...] la denuncia, esta fue planteada en contra de tres operadores económicos, de los cuales DIRECTV y GRUPO SETEL son competidores y participan en el mismo mercado relevante de “televisión pagada. DIRECTV y GRUPO SETEL son socios –miembros de ASETEL, asociación que agrupa a operadores de televisión pagada y otros. Por ende, si se cumple este requisito [...]”*.

Sin embargo, la existencia de dos operadores económicos con voluntades independientes, y su indicación como miembros de una misma organización, no permitirá a la administración presumir –en ausencia de una especificación verosímil- de un concurso o coordinación, puesto que la identificación o señalamiento de dos o más agentes económicos como presuntos infractores no constituye el cumplimiento del requisito de coordinación. Se precisa que el acto administrativo no se ha detenido en el análisis de temporalidad que demarca en el gráfico 2 (*“Línea de tiempo sobre la conducta colusoria denunciada”*), sino en el cumplimiento del primer requisito, del cual –dentro de la verdad material del expediente administrativo- no existen indicios.

Si bien el recurrente es reiterativo en señalar la existencia de indicios, lo hace respecto de la existencia de una cláusula abierta de lo que constituye un acuerdo, en que: **a)** exista posible

---

<sup>13</sup> Escrito de SETEL, de 27 de enero de 2023 a las 16h45 con número de trámite ID. 263800



afectación negativa a la libre competencia, provocada por la falta de autonomía de los operadores económicos (la cual no se evidencia del expediente administrativo, más allá de la pertenencia a ASETEL, que no merma la hipótesis de independencia entre agentes); **b)** la identidad de comportamientos que no se explican de manera natural (la cual, según lo confirma la resolución de archivo, se debe a la negativa de pago, pero con fundamento distinto por cada uno de los operadores denunciados según ha sido ya expresado); **c)** DIRECTV es tesorero de ASETEL (sin embargo, tal calidad no permitirá presumir el intercambio de información o la merma de la incertidumbre del mercado. El acto administrativo ya indica: “[...] tampoco se puede interpretar que, por la única existencia y/o coincidencia de que el tesorero de ASETEL, sea el representante de DIRECTV, exista un intercambio de información, puesto que, no es un indicio que permita llegar a la presunción clara e (sic) unívoca, de que el mismo genera una supresión de la incertidumbre en el mercado [...]”)

Por lo anterior, para esta autoridad los presuntos indicios aportados por el recurrente -sea como denunciante o en calidad de apelante- no generan duda sobre la certeza del análisis de los fundamentos expuestos por la INICAPMAPR, toda vez que son indicaciones conceptuales de una debida interpretación normativa y jurisprudencial, así como, -conforme han sido presentados y del análisis efectuado- entre referidos indicios no existe univocidad, concordancia y conexidad para la teoría de daño de una conducta colusoria.

#### **9.5.- Del artículo 11, numeral 9: Intercambio de Información.-**

La LORCPM recoge en el numeral 9 del artículo 11, que constituye un acuerdo o práctica prohibida:

*“9. Concertar con el propósito de disuadir a un operador económico de una determinada conducta, aplicarle represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado.”*

La Intendencia, analizando además las relaciones existentes entre los operadores económicos, tanto del denunciante como de los denunciados, recoge:

*“[...] En lo atinente a esta conducta ASETEL, refiere que no tiene ningún propósito, beneficio o fin el disuadir a SAYCE para que ésta actúe en un determinado sentido, pues su actuar no influye ni genera obligaciones sobre ASETEL.*

*En el caso de DIRECTV, el principal argumento es que, se ha reconocido las obligaciones con SAYCE a través de la suscripción de un convenio, y por otro lado que, la denuncia de ASETEL, en contra de SAYCE, por presunto abuso de poder de mercado, respondería al ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.*

*Por lo tanto, en primer momento y como se analizó, en la sección de los requisitos configurativos del acuerdo colusorio (cláusula general prohibitiva), en el presente caso, no existiría una concertación entre los tres denunciados, que pueda devenir en la comisión de una conducta anticompetitiva. Sin perjuicio, es pertinente analizar si podría haberse configurado y por tanto transgredido el citado numeral.*



*Para ello cabe, hacer referencia a lo que alega el denunciante y analizar cada uno de los argumentos planteados, a fin de determinar la procedencia de la presunta configuración de esta conducta:*

- ***“Primera, que SAYCE se encuentre obligado de firmar un convenio de pago bajo valores sustancialmente inferiores a los determinados en la Resolución 001”.-*** De la narrativa de los hechos planteados por el denunciante, así como de la revisión de la información obrante del presente expediente, no se encuentra, indicio alguno de que los tres denunciados hayan y/o estén obligando a SAYCE, a firmar un convenio de pago por valores inferiores a los determinados en la resolución 001.

*Sobre la validez, contenido y alcance de los convenios que llegue SAYCE a suscribir con los denunciados, no es competencia de esta autoridad pronunciarse.*

*Respecto de ASETEL y SETEL, conforme lo mencionado por el propio denunciante no existe ningún convenio suscrito con estos dos operadores económicos; en cambio con DIRECTV, existe un convenio, suscrito el 17 de noviembre de 2011 y como lo afirma el propio denunciante, el mismo es anterior a la emisión de la resolución 001.*

*Es decir, de este convenio y las tarifas instauradas en el mismo, se observa que: (i) fueron de mutuo acuerdo (no le corresponde a esta autoridad el señalar lo contrario); y, (ii) fueron antes de la emisión de la resolución 001; por lo cual, no podría interpretarse como que es el instrumento a través del cual se estaría configurando la conducta colusoria, por aspectos de temporalidad.*

*Lo analizado en el párrafo precedente, también tiene su asidero por cuanto, en este contrato únicamente intervienen dos partes (DIRECTV y SAYCE), por ende no intervienen SETEL y ASETEL, los otros dos operadores denunciados. Subsecuentemente no existe un instrumento en el que se materializaría el presunto acuerdo como lo afirma el denunciante.*

- ***“Segunda, en caso de que SAYCE no suscriba o quiera requerir el pago de conformidad al tarifario, los miembros de ASETEL únicamente niegan la existencia de la relación comercial”.-*** Sobre este punto, no se constata la existencia de una relación comercial entre SAYCE y SETEL; así como tampoco entre SAYCE y ASETEL; mientras que con DIRECTV si existe una relación comercial, conforme se explica a continuación:

***a. Relación SAYCE – SETEL.-***

*El 05 de marzo de 2012, se expide la resolución 001, por parte del SENADI en la cual, en la sección tarifas por comunicación pública, se obliga: “28. RADIO Y TELEVISIÓN POR CABLE.- Por utilización pública de obras administradas por SAYCE, pagarán el 1.25% más IVA del valor bruto*



*total anual de los ingresos por facturación de comercialización y cuotas de abonados”.*

*Por tanto, la resolución 001, genera una obligación de carácter legal a los cable operadores a cancelar a SAYCE, el 1,25% más IVA del total de ingresos; es decir, nace una obligación legal más no da lugar a una relación comercial.*

*En este caso, SAYCE tiene la posibilidad de reclamar el pago de los valores y/o tarifas, establecidas en la resolución 001, a través de los diversos mecanismos e instancias tanto administrativas como judiciales. Sobre la validez o procedencia del tarifario no le corresponde pronunciarse a esta autoridad.*

*La SCPM, conforme sus atribuciones y potestades legales, no tiene la facultad de ordenar y/u obligar a que se cancelen los valores que le corresponden a SAYCE, es más la LORCPM, es clara en determinar que únicamente se pueden imponer multas (económicas), y medidas correctivas para restablecer el proceso competitivo frente al cometimiento de conductas anticompetitivas.*

*Por lo cual, la SCPM no es la instancia competente para poder reclamar por el pago de los valores pendientes con los cable operadores.*

#### ***b. Relación SAYCE – ASETEL.-***

*El propio denunciante afirma: “Por ello hay indicios de una recomendación colectiva por parte de DIRECTV, al ser tesorero de ASETEL, es utilizar este gremio, quien no tiene relación comercial con SAYCE, para que ASETEL inicie un proceso ante la SCPM cuya finalidad es no cancelar los valores en favor de SAYCE, coludiéndose o pudiendo coludirse con los demás miembros de la asociación” (énfasis añadido).*

*Con base en lo alegado por el propio denunciante, si ASETEL no tiene relación comercial con el denunciante, no podría negar un negocio jurídico inexistente entre ambos.*

*En este sentido, la resolución 001, en su sección V, numeral 28, obliga a las empresas de radios y televisión por cable, a cancelar los valores y/o tarifas a SAYCE, sin embargo ASETEL no realiza actividades económicas de radio ni televisión por cable, sino es una asociación que aglutina y representa a ciertas empresas de telecomunicaciones, y por tanto no está obligado legalmente a pagar una tarifa a SAYCE, ni mucho menos tiene relación comercial, como lo afirma el propio denunciante.*



**c. Relación SAYCE – DIRECTV.-**

*En el caso de DIRECTV, se debe considerar, por un lado que la emisión de la resolución 001, generaría la obligación legal de cancelar las tarifas establecidas en la resolución en cuestión, conforme la sección V numeral 28.*

*Por otro lado, DIRECTV tiene suscrito un convenio con SAYCE, que data de 17 de noviembre de 2011, a través del cual, se generaron obligaciones contractuales y/o comerciales, única y exclusivamente entre ambos operadores.*

*Sobre la relación comercial generada entre DIRECTV y SAYCE, producto del convenio del 17 de noviembre de 2011, no se observa elementos sobre la injerencia de terceros como serían los dos denunciados restantes, para que DIRECTV haya adoptado un comportamiento coordinado.*

*Además de que, en el expediente tampoco existe ningún indicio referente a que SETEL y ASETEL, hayan intervenido y/o influenciado sobre DIRECTV, para no realizar nuevas negociaciones respecto de la tarifa a regirse a partir de 2017. También hay que tener en cuenta que, DIRECTV afirma que el convenio sigue vigente y lo único en disputa son los valores a cancelarse por las tarifas de SAYCE, es decir, un aspecto del negocio jurídico.*

- ***“Cuarta. Ambos operadores económicos DIRECTV y Grupo SETEL, al reconocer que sus pretensiones son equivocadas y que carecen de argumento legal que las valide, deciden interponer a través de ASETEL una denuncia de abuso de poder de mercado en contra de SAYCE”.-*** En líneas precedentes se analizó la incongruencia de la temporalidad de la conducta planteada por el denunciante, respecto de este hecho en específico. Por cuanto, la conducta supuestamente se habría originado desde el 26 de noviembre de 2020 (primera reunión para tratar la denuncia), hasta la presente fecha; y no como lo manifestó el denunciante que la conducta colusoria sería desde el 05 de marzo de 2012.

*En suma, tanto DIRECTV, SETEL y ASETEL, así como cualquier persona natural pública o privada pueden interponer, denuncias ante la SCPM, conforme el artículo 53 de la LORCPM; esto por cuanto, se está ejerciendo el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, a través del derecho de petición, para poder acceder a la justicia a través de este órgano administrativo.*

*Por tanto, si ASETEL, ha presentado una denuncia por abuso de poder de mercado en contra de SAYCE, no por ese hecho individual se lo puede considerar como una concertación con el objetivo de disuadir, obligar o imponer represalias a SAYCE, para que pueda actuar en un sentido determinado en el mercado.*



*Interpretar que ASETEL por ser la asociación de la que son miembros SETEL y DIRECTV, se encuentra impedida de presentar una denuncia, sería una limitación al artículo 53 LORCPM y a un derecho constitucional, al negar de acceso a una tutela efectiva consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República. En virtud de que ASETEL se encuentra legalmente facultado para dichas actuaciones, en este sentido el Reglamento para el Otorgamiento de Personalidad Jurídica a las Organizaciones Sociales, en sus artículos 34, 37 y 47 facultan el ejercer la representación legal, judicial y extrajudicial de la asociación.*

*Desvirtuados los tres principales argumentos del denunciante, es pertinente ahora analizar si existe efectivamente una violación al artículo 11 numeral 9 de la LORCPM.*

*Conviene señalar que, conforme se analizó en líneas precedentes, no habría elementos que permitan presumir, la existencia de un acuerdo colusorio entre los tres denunciados. Sin perjuicio de lo antes expuesto, no se han identificado indicios que permitan a esta autoridad, determinar que los tres denunciados han instaurado alguna de las tres modalidades del numeral 9, esto es haber: a) disuadido; b) aplicado represalias; y/o c) obligado, a SAYCE a actuar de una manera determinada en el mercado.*

*En cuanto a ASETEL, no hay indicio alguno que haya incurrido en una vulneración al artículo 11 numeral 9 de la LORCPM, por cuanto, su única actuación ha sido interponer una denuncia ante la SCPM, conforme le faculta el artículo 53 de la LORCPM y el artículo 76 de la Constitución de la República, conforme la tutela judicial efectiva.*

*Por tanto, se puede colegir que: (i) no hay concertación de voluntades; (ii) no hay disuasión, represalias, obligaciones; y, (iii) no hay comportamiento determinado en el mercado de SAYCE, producto de la disuasión, represalias u obligaciones.”*

- **SAYCE, indica.- Existe intercambio de información, derivado de los hechos de la conformación entre DIRECTV y SETEL dentro del gremio ASETEL.** Particular del cual el recurrente alega la difusión indirecta de información que ha permitido a ambos agentes coordinar la negativa de reconocimiento de la relación comercial y la cancelación de valores adeudados a SAYCE.

De la revisión del literal C (párrafos 31 a 38) del recurso de apelación que se atiende, se sigue la misma línea argumentativa plasmada en los apartados anteriores, en cuanto a expresar falta de motivación por los “indicios” presentados por el administrado respecto de la conducta denunciada y analizada por la INICAPMAPR.

Por tanto, tal como se ha expuesto en lo que antecede, siendo que el requisito de concurso de voluntades o comportamiento coordinado no ha sido evidenciable dentro de la verdad procesal del expediente administrativo, mal podrían valorarse datos referentes a los siguientes requisitos en ausencia de univocidad, concordancia y conexidad frente a los hechos de la denuncia, las explicaciones de los denunciados, el acto administrativo en estudio, de los cuales no existe elemento alguno que haga presumir la existencia de una conducta colusoria



entre los agentes denunciados que trasgreda (en particular de este punto, el numeral 1) el artículo 11 de la LORCPM.

En consecuencia de los tres apartados que preceden, se podrá evidenciar que la existencia de presuntos vicios motivacionales formulados por el apelante, carecen de sustento frente a los elementos del expediente administrativo, toda vez que la verdad procesal del mismo, no permite identificar la existencia de méritos para la prosecución de la investigación por infracciones al artículo 11, cláusula general, y numerales 1 y 9, 11 de la LORCPM.

El acto administrativo de 19 de diciembre de 2022 a las 17h23, tiene respaldo expresado a través de su fundamentación, en indicar la ausencia de concurrencia de voluntades, a nivel horizontal, como primer elemento para la determinación de existencia de una conducta colusoria, conclusión que no ha podido ser desvirtuada conforme el análisis de los fundamentos de hecho del expediente administrativo con observancia a la argumentación impugnatoria. A su vez, la resolución de la INICAPMAPR, es clara en la expresión de los fundamentos normativos (expresados en aplicación de norma, y las referencias concordantes de doctrina y jurisprudencia) para determinar la inexistencia de elementos que permitan presumir el intercambio de información estratégica ni confidencial por parte de los denunciados, o la existencia de elementos procedimentales que permitan presumir que los denunciados han interferido entre sí para un proceder frente a SAYCE, dado que, la presunta negativa de pago y negociación, por parte de SETEL, no puede ser entendida como una conducta anticompetitiva por sí sola, dado que, lo único existente es una obligación legal; que puede ser exigida ante las autoridades competentes, así como, respecto de DIRECTV, la presunta negativa de negociación y pago producto del contrato a partir del año 2016 no tiene una real vinculación con el actuar del otro agente denunciado, por lo que tampoco puede ser entendida como una conducta anticompetitiva, al no identificarse elementos en el expediente de que este comportamiento haya sido acordado con los otros denunciados.

#### **DÉCIMO.- RESOLUCIÓN.-**

Por las consideraciones expuestas, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2, y el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE: UNO.-** RECHAZAR el Recurso de Apelación presentado por el operador económico SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y COMPOSITORES ECUATORIANOS - SAYCE-, en contra de la Resolución de 19 de diciembre de 2022 a las 17h13, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-14-2022; **DOS.-** RATIFICAR la Resolución de 19 de diciembre de 2022 a las 17h13, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-14-2022; y, **TRES.-** Se deja a salvo el derecho de los administrados de interponer las acciones legales que consideren pertinentes, en defensa de sus intereses y ante las autoridades competentes que creyeren oportuno.



## **DÉCIMO PRIMERO.- NOTIFICACIONES.-**

De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo, en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la Disposición General Segunda de la Resolución No. SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020, que determina: “Para notificaciones se priorizará el uso de los correos electrónicos señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones”; notifíquese con la presente providencia: **i)** Al operador económico **SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y COMPOSITORES ECUATORIANOS – SAYCE-** en los correos electrónicos: david@salf.ec; jose49moya@gmail.com; davidsperverv@gmail.com y guillermo@salf.ec; **ii.** Al operador económico **SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES SETEL –GRUPO SETEL-** en el correo electrónico: casillerosuio@vivancoyvivanco.com; **iii.** Al operador económico **DIRECTV ECUADOR C. LTDA. – DIRECTV-** en los correos electrónicos: notificacioneslegales@directv.com.ec; dacalderon@directv.com.ec; dramirez@bustamantefabara.com; dcastelo@bustamantefabara.com; y, amoncayo@bustamantefabara.com; y, **iv.** Al operador económico **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES -ASETEL-** en los correos electrónicos: pfalconi@asetel.org.ec y secretariaejecutiva@asetel.org.ec.-

**DÉCIMO SEGUNDO.-** Siga actuando en calidad de Secretario de Sustanciación en el presente expediente el abogado Daniel Andrés Castro Naranjo, quien firma de manera conjunta.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

Dr. Danilo Sylva Pazmiño  
**SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO**

Abg. Daniel Castro Naranjo  
**SECRETARIO DE SUSTANCIACIÓN**