

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**Ilegalidad en la valoración de los derechos de concesión del SMA:  
Prescendencia de disposiciones del marco regulatorio de las  
telecomunicaciones por parte del Estado ecuatoriano en la  
valoración de los derechos de concesión del Servicio Móvil Avanzado  
de CONECEL S.A. y OTECEL S.A.**

**GUILLERMO ADRIÁN CAMACHO INTRIAGO**

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogado

Quito

Mayo de 2009

© Derechos de autor  
Guillermo Adrián Camacho Intriago  
2009

*Dedicada a mis padres y hermanas  
por su entrañable amor; a mi  
abuelito Estuardo quien luchó por  
su vida con su natural valentía  
durante mi investigación.*

## RESUMEN

La investigación estudia desde una perspectiva hipotética, como el Estado ecuatoriano en la valoración de los derechos de concesión del Servicio Móvil Avanzado de las compañías CONECEL S.A. y OTECEL S.A., dejó de aplicar normas propias de la regulación de las telecomunicaciones que consagran positivamente el trato igualitario y de manera negativa el trato discriminatorio al fijar un valor significativamente mayor a la concesión de la primera respecto de los calculados para la otra, aún cuando ambas concesiones fueron idénticas. A fin de plantear una correcta argumentación, iniciamos con una reseña de la evolución de las telecomunicaciones en el país la cual desemboca en la descripción del mercado de la telefonía móvil en el 2008, con lo cual damos razón de la inclusión y vigencia en nuestro ordenamiento jurídico de los principios señalados, y evidenciamos por otra parte, la situación particular de las compañías en mención como competidoras en un mercado específico. Posteriormente, revisamos las disposiciones legales que dan vida en la legislación ecuatoriana al trato igualitario y a la no discriminación con el apoyo de doctrina y jurisprudencia, recurriendo además a ejemplos concretos de la aplicación de dichos principios por parte del Estado ecuatoriano. Luego, entramos al análisis de la valoración de los derechos de concesión, delimitando el tercio de comparación, observando tangencialmente el método aplicado y definiendo la posible ilegalidad en el resultado obtenido, finalizando el planteamiento con ciertas soluciones que conforme a derecho tendrían lugar.

## **ABSTRACT**

The investigation concerns an hypothetical research on how the Ecuadorian State in the valuation of the concession rights for the Personal Communication Service of the companies CONECEL S.A. y OTECEL S.A., did not apply legal telecommunications rules that consecrate the egalitarian treatment and the anti-discrimination when setting a higher value to the concession for the first one in respect to the calculated for the other one, even though both concessions were identical. In order to achieve our proposal, we first take a look to the evolution of the telecommunications at our country ending with a description of the market of the movable telephony in the 2008, with which we give to reason the inclusion and use in our legal ordering of the indicated principles, as we expose on the other hand, the particular situation of the companies in mention as competitors in a specific market. Secondly, we take care of the legal dispositions that bring to life in the Ecuadorian legislation the egalitarian treatment and the nondiscrimination with the support of doctrine and jurisprudence, resorting for concrete examples of the application of these principles on the part of the Ecuadorian State. Finally, we enter to the analysis of the valuation of the concession rights, delimiting the subject of comparison, observing on a briefly way the applied method and defining a possible illegality in the obtained result. We will end the exposition with certain solutions that according to our legal system would take place.

# ÍNDICE

Introducción	1
--------------	---

## Capítulo Primero

### EVOLUCIÓN DEL MERCADO DE TELEFONÍA MÓVIL EN EL ECUADOR

1.1	Antecedentes	5
1.1.1	El régimen de exclusividad	7
1.1.2	Régimen de competencia	11
1.2	Telefonía Móvil	13
1.2.1	Mercado 2008	21
1.2.2	Igualdad de condiciones CONECEL S.A. y OTECEL S.A.	25

## Capítulo Segundo

### RÉGIMEN JURÍDICO

2.1	Normativa aplicable	27
2.1.1	Regulación en Telecomunicaciones	29
2.1.2	Legislación ecuatoriana	30
2.2	Igualdad. Marco constitucional	33
2.2.1	Unión Europea	40
2.3	Actuaciones de la administración pública	43
2.3.1	Interconexión	43
2.3.2	Servicio de Valor Agregado	45
2.3.3	Servicio Portador	47

## Capítulo Tercero

### ILEGALIDAD EN LA VALORACIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCESIÓN

3.1	Valoración de la concesión del SMA	50
-----	------------------------------------	----

3.1.1	Naturaleza de la prestación	55
3.1.2	Tercio de comparación	56
3.2	Ilegalidad	57
3.3	Posibles acciones legales	61
3.3.1	Recurso extraordinario de revisión	62
3.3.2	Acción de Protección	64
	Conclusiones	67
	Bibliografía	70

## INTRODUCCIÓN

En 1993 se suscribieron los Contratos de Servicio de Telefonía Móvil Celular entre el Estado ecuatoriano a través de la Superintendencia de Telecomunicaciones con las compañías CONECEL S.A. y OTECEL S.A. Desde entonces, el mercado de las telecomunicaciones en Ecuador ha crecido de una manera positiva imprevista. En un principio, las dos operadoras tuvieron las mismas condiciones contractuales y de acceso y a lo largo de la concesión de quince años ambas compañías recibieron el mismo trato por parte de los órganos públicos del sector. Sin embargo, cada una en mérito de su gestión empresarial fue adoptando la posición en el mercado que le correspondía. Hoy en día, transcurridos dichos 15 años desde la concesión inicial, existen más de 10 millones de usuarios de telefonía móvil, con ingresos significantes para cada operador, lo cual ha significado inversión tecnológica que los usuarios ecuatorianos requieren y se han beneficiado.

Tanto en la entrada en vigencia del Reglamento de Servicio de Telefonía Móvil Celular de 1996, el cual reformó los contratos de 1993, el reglamento del servicio Móvil Avanzado, como en la adjudicación de 10 MHz de espectro en la banda de 1900MHz en el 2006, así como en numerosas actuaciones de la administración pública se ha

observado y respetado el principio de trato igualitario que por ende apoya los principios de libre competencia que rigen el sector de telecomunicaciones en el país.

El régimen de competencia se sostiene en varias disposiciones de Derecho pro competencia, en las que se proporcionan las directrices que deben ser observadas por todos los actores en una actividad económica en la que se da la prestación de servicios a través de la libre oferta y demanda. La propia Ley Especial de Telecomunicaciones contiene normativa de libre competencia, así como la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones y el novedoso Reglamento ejecutivo No. 1614. No obstante, cabe tener en cuenta que, en telecomunicaciones por tratarse de servicios de orden público concesionados al sector privado, se debe tener especial cuidado en temas de regulación y control puesto que se encuentra en juego de por medio un interés general. En todo caso, las fluctuaciones del mercado deben ajustarse a los pesos naturales que pueden producirse, siempre en observancia del desarrollo correcto de la actividad.

Teniendo en cuenta el escenario de régimen competencia, durante el año 2008 se observó como el Estado ecuatoriano, a través de los órganos del sector, llevó a cabo la negociación y suscripción de los Contratos de Concesión del Servicio Móvil avanzado con las compañías CONECEL S.A. y OTECEL S.A., teniendo como directriz en este proceso una rigurosidad nunca antes percibida.

De esta política, se derivó un saldo que podría ser cuestionable para el sector de las telecomunicaciones del país, al configurarse por primera vez en la telefonía móvil una diferenciación en cuanto a la fijación de los derechos de concesión. OTECEL S.A. en virtud de la discrecionalidad estatal pagó a valor presente de 206 millones de dólares a diferencia de CONECEL S.A., compañía que se pagó la cantidad de 480 millones de dólares.

La motivación de esta circunstancia de disparidad se encuentra en el establecimiento de un modelo matemático de cerca de 40 variables que fue aprobado por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones. No obstante de estar imposibilitados de hacer un examen cabal del modelo matemático –ya que se nos negó copia de dicho modelo por parte de la SENATEL- , observaremos de manera tangencial algunas de las variables que pudieron haber causado una diferenciación arbitraria y por ende una ilegalidad.

A fin de demostrar la posible ilegalidad en la valoración de los derechos de concesión de Servicio Móvil Avanzado con la mayor precisión posible, en el capítulo primero, se hará un recuento de las telecomunicaciones en el Ecuador, en especial sobre la telefonía móvil, reconociendo los diferentes momentos históricos que han construido la escena actual. Luego serán revisadas las condiciones actuales del mercado de la telefonía móvil, todo esto con el propósito de evidenciar la crecida del régimen de este servicio móvil en el país así como la situación análoga ostentada por CONECEL S.A. y su tercio de comparación inmediato con OTECEL S.A.

En el capítulo segundo revisaremos con detenimiento los enunciados de derecho de competencia y su pertinencia con el sector de las telecomunicaciones en el Ecuador. Para esto además se recurrirá a doctrina y jurisprudencia que versa sobre los principios contenidos en las normas jurídicas pro competencia en el marco de la regulación de telecomunicaciones específica. El capítulo concluirá con el análisis de las actuaciones de la administración pública en régimen de competencia situada dentro del marco de las telecomunicaciones, con lo cual evidenciaremos en qué existe libre competencia y como el Estado ecuatoriano habría prescindido de reglas de competencia y regulación de telecomunicaciones a los que debe responder por el principio de igualdad.

Finalmente entraremos a estudiar la valoración de los derechos de concesión del Servicio Móvil Avanzado llevado a cabo por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, teniendo en cuenta especialmente el escenario de las negociaciones en torno al modelo matemático que sirvió de base para ésta, aclarando una vez más que, el estudio de las variables del modelo se hará desde una óptica periférica por la imposibilidad de obtener el modelo matemática aplicado. Así, de manera hipotética, veremos si existiría legalidad o ilegalidad que se sentó en la fijación de los derechos de concesión del servicio antes mencionado que podría comprometer la seguridad jurídica en nuestra sociedad. Por último, a manera de estudio se harán propuestas de posibles soluciones a las que tendría lugar una eventual actuación ilegal del Estado ecuatoriano en el presente caso o en uno similar, señalando por supuesto los argumentos de su procedencia.

Dicho así, cabe advertir que el presente trabajo investigativo ha constituido una observancia y recuento histórico de distintos procesos con la intención de dar fundamentación fáctica ajustada desde la perspectiva jurídica, por lo tanto, la tarea de exponer sobre cierto tema con escasas fuentes compromete la clave del esfuerzo aportado, más aún cuando lamentablemente, no encontré una respuesta favorable por parte de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones en el acceso de información que es de carácter público.

Debido a este particular, la presente investigación se ha tenido que mantener al margen de la problemática fundamental, esto es, el modelo matemático que se utilizó para el cálculo de los derechos de concesión de las operadoras CONECEL S.A. y OTECEL S.A. elaborado por la consultora GUROVICH y ASOCIADOS, el cual fue aprobado mediante Resolución del Consejo Nacional de Telecomunicaciones número 198-05-CONATEL-2008 de 2 de abril de 2008.<sup>1</sup> Debo dejar en claro además que, me encuentro facultado y reservado a emprender una respectiva acción constitucional de acceso a la información pública en contra de quienes han dificultado este trabajo.

Luego finalizaré con las conclusiones de mi investigación tomando en consideración la información recabada.

---

<sup>1</sup> Para dar a aval de esta inoportuna situación, como documentos anexos se encontrarán la comunicación ingresada a la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones el 1 de abril de 2009 con número de trámite 1795, en la que solicité una copia del modelo matemático referido, así como de el Oficio SG-2009-133 de 16 de Abril de 2009, el cual me fue notificado más de 25 días después de mi solicitud y que no responde a mi legítima pretensión.

# CAPÍTULO I

## EVOLUCIÓN DEL MERCADO DE TELEFONÍA MÓVIL EN EL ECUADOR

### 1.1 Antecedentes

Previo al análisis de los matices más importantes en la constitución del mercado de la telefonía móvil, es de trascendencia remitirnos al antecedente general de las telecomunicaciones en el Ecuador, a fin de obtener una visión más apropiada en este terreno, el mismo que ha sido caracterizado por su constante irregularidad, es menester contar con su precedente.

En este recuento, la adecuada estructuración del tiempo y el espacio nos remite a la República de Ecuador en el año 1871, en el Gobierno del doctor Gabriel García Moreno, el cual a pesar de ser tildado de perfecto conservacionismo, registra la primera huella de las telecomunicaciones en nuestro país, mostrando más bien la apertura de un rasgo vanguardista que muy bien le hizo al país en ese entonces.

Al suceso que nos referimos como la primera huella de las telecomunicaciones fue la suscripción del primer Convenio de Explotación de Servicios Internacionales de Telegrafía entre el Estado ecuatoriano y la compañía de origen norteamericano All American Cables and Radio

3. La naturaleza del citado Convenio obedecía a un acuerdo de voluntades en el que el Estado autorizaba a la empresa de telecomunicaciones a prestar el servicio de telegrafía en el territorio ecuatoriano, recibiendo el Estado por su parte una contraprestación pecuniaria.

Ya en esa época, la comunidad internacional tenía noción de la calidad de servicio público de las telecomunicaciones, por lo cual Ecuador abrazó la modalidad de la concesión para la prestación de dichos servicios por parte de la iniciativa privada.

Volviendo a nuestra línea del tiempo, en 1884 se realizó el primer enlace entre Quito y Guayaquil por medio de un mensaje telegráfico, sin perjuicio de que el servicio que se explotaba tenía alcance internacional, lo cual incluía a Panamá, Colombia y Chile<sup>4</sup>, todo esto a través de una estructura monumental de cable submarino.

Alrededor del mismo año, ya se empezó a dilucidar la necesidad de regular el servicio de telegrafía al ser un servicio público que correspondía al Estado normar para el bienestar de sus habitantes. Fue así creada la Dirección de Telégrafos como primer órgano del sector de las telecomunicaciones encargado de la regulación y reglamentación del hasta entonces único servicio de telegrafía.

A inicios del siglo XX ya se instalaron las primeras centrales de telefonía fija en Ecuador, y el uso de ondas radioeléctricas para la telegrafía cada vez se estandarizaba más, proponiendo así un avance tecnológico espectacular para la época, esto es, el enlace inalámbrico.

En 1943, aparece la primera empresa estatal de telecomunicaciones, la Radio Internacional del Ecuador, la cual estaba encargada de prestar al igual que la compañía norteamericana, el servicio de telegrafía en un aparente régimen de competencia, pero por otro lado prestaba en exclusividad absoluta, el servicio de telefonía fija. Luego, en 1943 y 1953 se crean la Empresas de Teléfonos Quito y la Empresa de Teléfonos

---

<sup>3</sup> CONATEL: Reseña Histórica Día Nacional de las Telecomunicaciones, disponible en [www.conatel.gov.ec/site\\_conatel/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=1385&Itemid=](http://www.conatel.gov.ec/site_conatel/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=1385&Itemid=), consultado el 23 de Noviembre de 2008.

<sup>4</sup> I. Dávila Villavicencio: Diagnóstico de la libre competencia en el sector de telecomunicaciones en el Ecuador. Perspectivas y posibles acciones para su real aplicación en el país, Tesis para la obtención de Ingeniera en la Escuela Politécnica Nacional, Quito, 2008, p. 113, disponible en <http://hdl.handle.net/123456789/1047>, consultado el 9 de diciembre de 2009.

Guayaquil respectivamente<sup>5</sup>, siendo éstas empresas estatales de corte un tanto más autónomo especializadas en las necesidades y atenciones que demandaban cada una de dichas ciudades.

Posteriormente, a mediados de siglo, se darían constantes estructuraciones y reestructuraciones de los órganos del sector, en las que se fusionaron todas las empresas habidas en el Estado para denominarse Radio Telégrafos y Teléfonos Ecuador, la misma que fue cambiada de nombre en 1963 a Empresa Nacional de Telecomunicaciones.<sup>6</sup>

### 1.1.1 El régimen de exclusividad

Con lo anteriormente reseñado tenemos una primera etapa histórica. Lo que se viene a continuación se caracteriza por el monopolio estatal por excelencia, en el que no había lugar a empresas privadas de telecomunicaciones, y una misma institución concentraba las funciones de explotar los servicios de telecomunicaciones, los cuales no eran más que la telefonía fija y telegrafía para ese entonces, y a la vez ostentaba la facultad de regularse a sí mismo en sus obligaciones respecto a la calidad y parámetros del servicio.

A este esquema se lo denomina el régimen de exclusividad, que obedece a una lógica contraria a la del régimen de libre competencia, el mismo que tiene como premisa principal el libre desarrollo del mercado por medio de la fomentación de la no discriminación e igualdad, así como la sanción prácticas anticompetitivas, de todas formas, más adelante ahondaremos en este tema por ser objeto directo del presente estudio.

Por ahora, nos es importante traer a contexto la opinión doctrinaria del denominado régimen de exclusividad para comprender de mejor manera su finalidad, de esta forma, Juan Carlos Cassagne nos dice que dicho régimen es la antítesis del

---

<sup>5</sup> Ibíd. P. 113

<sup>6</sup> Ramos, Edgar y Eric Neira: *Diagnostico del sector telefónico ecuatoriano*, serie de apuntes de economía No. 41, Dirección General de Estudios Banco Central Ecuador, Quito, 2004, p. 20, disponible en: [www.bce.fin.ec/documentos/PublicacionesNotas/Catalogo/Apuntes/ae41.pdf](http://www.bce.fin.ec/documentos/PublicacionesNotas/Catalogo/Apuntes/ae41.pdf), consultado el 12 de diciembre de 2008.

régimen de competencia, el cual no incumbe automáticamente su ilegitimidad, pues se trata de una exigencia del mercado y una necesidad social que requieren la instauración de un monopolio en principio para desarrollar de algún modo un determinado servicio, para luego sí dar paso a los competidores privados en régimen de competencia, contemplando obviamente el supuesto de que el monopolio se extinga<sup>7</sup>.

Generalmente, es el mismo Estado quien asume los servicios prestados en régimen de exclusividad, queriendo decir lo mencionado por Cassagne que, una vez que el mercado se encuentre listo para el régimen de competencia, el Estado abandonará la palestra.

Así, este régimen fue un fenómeno por lo menos regional a nivel latinoamericano, y no fue una situación extraordinariamente presentada en Ecuador. Se trató por lo tanto, de un periodo de experimentación, y de hecho necesario, en el que el Estado se hizo responsable de brindar el servicio de telefonía fija, a pesar de las dificultades al brindar el servicio. La participación de éste era indispensable ya que no existían empresas preparadas para asumir la implementación de infraestructura todavía, a más de que el mercado ecuatoriano no resultaba interesante aún. No fue sino hasta 30 años después como veremos más adelante en el caso ecuatoriano, que se abrió casi en su totalidad el mercado, tiempo que no deja de ser un tanto exagerado a mi criterio toda vez que en las experiencias de los países vecinos, el régimen de exclusividad tuvo un promedio de 20 años en duración, tal fue el caso de México, Brasil, Chile, entre otros<sup>8</sup>.

Retomando nuestra reseña histórica, debido al monopolio estatal comentado, en 1970 se llegó a nacionalizar a la empresa All American Cables and Radio, y se la denominó Cables y Radios del Ecuador<sup>9</sup>. Al año siguiente Ecuador tuvo su primera ley en la materia, denominada Ley General de Telecomunicaciones, contenida en el Decreto Supremo No. 254 del 11 de febrero de 1971.

---

<sup>7</sup> J.C. CASSAGNE: “Los nuevos entes regulatorios”, en ALBERTO SÁNCHEZ (Coordinador), *El derecho público actual*, Depalma, Buenos Aires, 1994. p. 35.

<sup>8</sup> A. CASTILLO: *El derecho de competencia en el Ecuador*, Tesis para la obtención del título de Licenciado en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2008. p. 31.

<sup>9</sup> CONATEL: Reseña Histórica Día Nacional de las Telecomunicaciones, disponible en [www.conatel.gov.ec/site\\_conatel/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=1385&Itemid=](http://www.conatel.gov.ec/site_conatel/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=1385&Itemid=), consultado el 23 de Noviembre de 2008.

Ya en 1972, se volvió a realizar una fusión de las empresas estatales que se encontraban dispersas en el territorio ecuatoriano, creando así el Instituto Ecuatoriano de Telecomunicaciones (IETEL).<sup>10</sup>

Durante 2 décadas, IETEL tuvo el manejo del servicio de telefonía fija en exclusividad, en el que el Estado aún mostraba deficiencias, con mayor acentuación en el área rural, llegando a ser ésta, un sector marginado de las telecomunicaciones.

En un afán de cambio y apertura, el 10 de agosto 1992, con la expedición de la Ley Especial de Telecomunicaciones, IETEL se convirtió en la Empresa Estatal de Telecomunicaciones (EMETEL)<sup>11</sup>, sin embargo la historia continuó sin mayor variación en relación a la administración estatal. Uno de los aspectos positivos de dicha Ley, consideramos fue la creación de un órgano de regulación y control, atribuciones que le fueron arrancadas de EMETEL. Dicho órgano se denominó Superintendencia de Telecomunicaciones (en adelante SUPERTEL), y dio lugar a una favorable gestión en materia de telecomunicaciones en lo posterior.

El primer quebrantamiento del régimen de exclusividad estatal lo conformó la llegada de la telefonía móvil al país. Afortunadamente, siguiendo las tendencias internacionales, Ecuador optó por mantenerse al margen de la operación de dicho servicio por medio de EMETEL (aún cuando luego ingresaría con TELECSA S.A.), y prefirió abrir a concurso público la concesión para la instalación, prestación y explotación del servicio de telefonía móvil. Con esto, se configuró una convivencia en el Ecuador entre el régimen de exclusividad en relación al servicio de telefonía fija y el régimen de competencia para la telefonía móvil, situación particular que a criterio de Roberto Dromi, sí es cierto que pueda darse, es decir, la referida coexistencia entre los regímenes de exclusividad y competencia, pero la intención en todo caso será llegar a la liberalización de todos los servicios<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> A. CASTILLO: *El derecho de competencia en el Ecuador*, Tesis para la obtención del título de Licenciado en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2008. p. 10

<sup>11</sup> I. Dávila Villavicencio: *Diagnóstico de la libre competencia en el sector de telecomunicaciones en el Ecuador. Perspectivas y posibles acciones para su real aplicación en el país*, Tesis para la obtención de Ingeniera en la Escuela Politécnica Nacional, Quito, 2008, p. 114, disponible en <http://hdl.handle.net/123456789/1047>, consultado el 9 de diciembre de 2009.

<sup>12</sup> R. DROMI: *Derecho Telefónico*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998. p. 425.

En cuanto a la telefonía móvil, por ahora no diremos más y relegaremos este tema, que es el principal para nosotros, a fin de no interrumpir la exposición de la evolución del sector de las telecomunicaciones desde la perspectiva más general según lo ofrecido.

En 1995, precisamente el 30 de agosto, con las reformas a la Ley Especial de Telecomunicaciones promulgadas en el Registro Oficial No. 770, es cuando empezaría la transición del mercado ecuatoriano al régimen de competencia desde que EMETEL se convirtió en una sociedad anónima con fondos públicos, cuyo único inversionista era la institución de derecho público denominada Fondo de Solidaridad. Su funcionamiento cambió drásticamente, pues ya no requería de una ley para la iniciativa de sus inversiones y relaciones comerciales, esto ayudó a agilizar sus funciones, sin embargo, permaneció en constante vigilancia estatal por contar exclusivamente con recursos públicos.

La fuerza motriz para la conversión de EMETEL radicó en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, la cual fue promulgada en el Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993. La disposición consistía en que los servicios de telecomunicaciones pasen a manos privadas, para dicho efecto se creó el paquete accionario de EMETEL como una primera etapa del proceso, según el cual, luego dichas acciones serían vendidas al sector privado mediante licitación pública, algo que nunca aconteció como observaremos más adelante.

Con las mismas reformas a la Ley Especial de Telecomunicaciones, nació el Consejo Nacional de Telecomunicaciones (en adelante CONATEL) y la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones (en adelante SENATEL). Al primero se le confirió la representación del Estado en materia de telecomunicaciones en el escenario internacional, esencialmente plasmado en la Unión Internacional de Telecomunicaciones (en adelante UIT), pero más importante aún, fue la facultad reglamentaria que le fue delegada, convirtiéndose en el órgano en el sector de las telecomunicaciones del Ecuador. En lo que a la SENATEL tiene que ver, se la concibió como un órgano de ejecución de las Resoluciones del CONATEL, como ejemplo tenemos, la suscripción de contratos de concesión previa autorización del

CONATEL y la administración del espectro radioeléctrico (el mismo que hoy en día, es un bien de dominio público de gran trascendencia, al tal punto que, la Constitución de la República en el artículo 408 erróneamente lo considera como un recurso natural no renovable); no entraremos en discusión de dicho enunciado por no ser objeto de nuestro análisis.

La estructura orgánica en las telecomunicaciones entonces, a partir de 1995 hasta la actualidad, consiste en el CONATEL, la SENATEL, y la SUPERTEL, esta última permaneciendo como un mero órgano de control y sanción, y no omnipotente como en algún momento fue.

### **1.1.2 Régimen de Competencia**

El régimen de exclusividad aún no terminaba en nuestro país en relación a la telefonía fija, continuaba siendo EMETEL, ahora como sociedad anónima, la que operaba el monopolio, empero, se había sentado una transición por la Ley de Modernización, y en 1997 se da un paso importante en el que se escindió a EMETEL en 2 compañías anónimas, PACIFICTEL S.A., la cual correspondía a la región costa, y ANDINATEL S.A., fundamentalmente para la región sierra<sup>13</sup>. Sin embargo el Fondo de Solidaridad permaneció como único accionista de las 2 empresas, y nunca llegaron a ser traspasadas al capital privado.

Luego de aparecidas las compañías antes referidas, recién en marzo de 2000, a través de las reformas de la Ley de Transformación Económica (Ley Trole I) a la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada, se procedió a la apertura del mercado de las telecomunicaciones, instaurando así finalmente el régimen de competencia. Después, en abril de 2001 el CONATEL expide el Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada.

Inmediatamente, se abrieron procesos de subasta pública, y fueron apareciendo poco a poco en el mercado de la telefonía fija las compañías SETEL S.A. y ECUADORTELECOM S.A. en el año 2002, y LINKOTEL S.A. Y ETAPATELECOM S.A. en el 2003, y otras más que hoy en día operan en nuestro

---

<sup>13</sup> A. CASTILLO: *El derecho de competencia en el Ecuador*, Tesis para la obtención del título de Licenciado en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2008. p. 16

medio con un crecimiento modesto, pues la gran concentración de usuarios se encuentra todavía en manos del Estado, esto es, aproximadamente más del 90% del mercado.<sup>14</sup>

Lo curioso ante todo esto es que existen rezagos del régimen de exclusividad todavía en el Ecuador, por lo cual no se puede decir que en su totalidad nos encontramos en un régimen de competencia. Mi premisa se funda en que PACIFICTEL S.A. y ANDINATEL S.A. permanecieron durante su funcionamiento en manos de capital público, y hoy en día nuevamente fusionadas como CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES S.A. (CNT), continúa el Estado siendo su único accionista. Por esto, la presencia del Estado en el mercado todavía es latente, y no existen indicios de una privatización de la CNT por un largo tiempo por lo menos debido a la política actual del gobierno que prefiere participar y competir en todos los sectores de productividad posibles.

Los referidos rezagos también se pueden apreciar y con mayor exactitud aún, en el cantón Cuenca, en virtud del artículo 38 de la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada, en el que se dispone que se confiere la titularidad del servicio público de telecomunicaciones a favor de la Ilustre Municipalidad del cantón Cuenca pudiendo prestar el servicio de forma directa o mediante concesiones. Gracias a la citada disposición, la cual paradójicamente establece en nuestro país el régimen de libre competencia, han habido numerosas controversias por la prestación de telefonía fija en dicho cantón, lo cual no es apropiado hoy en día en que el régimen de exclusividad ya debería estar totalmente superado totalmente en el Ecuador.

El estancamiento del régimen de competencia en el Ecuador es tan evidente que incluso no existe una Ley de Competencia, la cual ha sido un proyecto rezagado por causa de la inestabilidad política y falta de seguridad jurídica que ha vivido el país desde 1997.

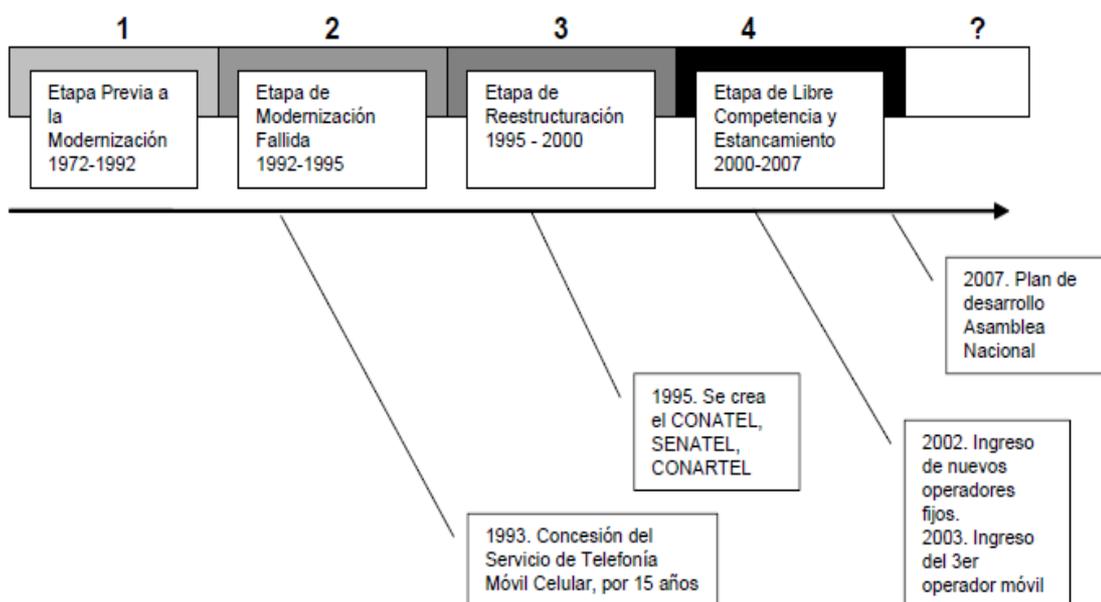
Para resumir la exposición efectuada hasta el momento, incluimos el siguiente gráfico que permite una panorámica muy acertada de las de las telecomunicaciones en

---

<sup>14</sup> H. CARRIÓN GORDÓN: *Regulación e inversión en telecomunicaciones. Estudio para el caso Ecuador*, IMAGINAR.org, Centro de Investigación de la Sociedad de la Información, Quito, 2007. p. 19.

el Ecuador, el mismo que incluye una línea de tiempo desde la llamada etapa previa a la modernización, la cual comprende lo relatado de IETEL y a EMETEL, pasando por el periodo de modernización fallida y la reestructuración de los órganos del sector, hasta el estancamiento en el cual vivimos hoy en día en relación al régimen de competencia, el mismo que parecería ver su atardecer gracias al proyecto de Ley de Competencia que se concretaría en el seno de la Asamblea Nacional en un muy corto plazo:

GRÁFICO No. 1<sup>15</sup>



## 1.2 Telefonía Móvil

En abril de 1992, IETEL todavía funcionaba, y en uso de su facultad normativa expidió el Reglamento para la Concesión de Telefonía Celular. Justamente un año después, de la mano de la SUPERTEL se promulgó el Reglamento para el Servicio de Telefonía Móvil Celular<sup>16</sup> con lo cual se encontraba listo el escenario ecuatoriano para llamar a una licitación pública para la concesión del servicio de telefonía móvil,

<sup>15</sup> H. CARRIÓN GORDÓN: *Regulación e inversión en telecomunicaciones. Estudio para el caso Ecuador*, IMAGINAR.org, Centro de Investigación de la Sociedad de la Información, Quito, 2007. p. 13.

<sup>16</sup> *Ibíd.* p. 31.

denominado en dicho momento como Servicio de Telefonía Móvil Celular (en adelante STMC).

Un total de 6 compañías se presentaron al concurso, las cuales me permito enumerar:

- MOVITEL S.A.;
- OPETEL S.A.;
- ECUADOR CELULLAR ONE S.A.;
- CONECEL S.A.;
- OPTEL S.A.; y,
- OTECEL S.A.<sup>17</sup>

Las ofertas más elevadas fueron las efectuadas por CONECEL S.A. y OTECEL S.A., y el 4 de agosto de 1992 fueron declaradas ganadoras del concurso público de licitación para la prestación del STMC así como del respectivo segmento de espectro radioeléctrico destinado a dicha finalidad, precisamente, el rango de 800-900 MHz<sup>18</sup>.

El 25 de agosto de 1993 el Estado ecuatoriano firmó con CONECEL S.A. el Contrato de Concesión del STMC con una duración de 15 años. Exactamente lo mismo sucedió con OTECEL S.A. el 29 de noviembre de 1993. Las condiciones de las dos concesiones fueron iguales en todas sus partes, dando en provisión la misma capacidad de espectro radioeléctrico, estableciéndose la misma duración, iguales valoraciones por derechos de concesión, la misma cobertura geográfica, así como las mismas obligaciones para las dos operadoras que entraron a funcionar prácticamente de manera simultánea en nuestro mercado.

La suma que iniciaron pagando las operadoras fue de dos millones dólares<sup>19</sup>, pero tuvieron que ir pagando progresivamente cada año un porcentaje de la facturación

---

<sup>17</sup> H. CARRIÓN ROBALINO: Telefonía Móvil Celular. A propósito de de la renovación de los Contratos de Telefonía Móvil Celular (STMC), Revista Siden, p.9, disponible en [www.imaginar.org/docs/A\\_celulares.pdf](http://www.imaginar.org/docs/A_celulares.pdf), consultado el 11 de noviembre de 2008.

<sup>18</sup> H. CARRIÓN GORDÓN: *Regulación e inversión en telecomunicaciones. Estudio para el caso Ecuador*, IMAGINAR.org, Centro de Investigación de la Sociedad de la Información, Quito, 2007. p. 31.

<sup>19</sup> EL COMERCIO: “Por fin telefonía celular”, 28 de Agosto de 1993, disponible en [www.elcomercio.com](http://www.elcomercio.com), consultado el 15 de noviembre de 2008.

bruta, algo que también sucedió en el año 2008 con la valorización de los derechos de concesión del Servicio Móvil Avanzado, pero que no es materia del presente trabajo. El mercado para ese entonces se veía escéptico sobre una acogida masiva del STMC, éste fue concebido inicialmente exclusivo para las actividades empresariales de más alto nivel, con una estimación optimista de crecimiento anual del 30%<sup>20</sup>.

Enseguida en 1993 se comenzaron a comercializar en igualdad de condiciones los servicios de CONECEL S.A. bajo la marca PORTA, y los de OTECEL S.A. respondiendo al nombre comercial BELLSOUTH. Hasta 1996 el mercado del STMC constaba de 59.779 usuarios, siendo 36.484 clientes de PORTA y 23.295 de BELLSOUTH<sup>21</sup>. El crecimiento había sido promedio y de acuerdo a lo esperado, no había además distancia muy marcada entre las dos operadoras. Con todo este panorama que no presentaba ninguna variante imprevista, el gobierno del Ab. Abdalá Bucaram optó por traer a presente valores futuros a fin de dotar de liquidez al Estado, aceptando la oferta de pago adelantado de las dos concesionarias, las cuales cancelaron por igual la suma de 51 millones de dólares<sup>22</sup>. Por supuesto, no es de culpar al gobierno de dicha época, pues algunos criterios consideran que la operación representó una gran pérdida para el Estado, lo cual es cierto, pero ni siquiera las mismas operadoras, se esperaban el boom ocurrido 7 años después.

De esta manera, el 19 de diciembre de 1996 y el 2 de mayo de 1997, OTECEL S.A. y CONECEL S.A. respectivamente, suscribieron cada una con la SENATEL el Contrato Ratificatorio, Modificatorio, Codificatorio para la explotación del Servicio de Telefonía Móvil Celular otorgado en 1993 por la SUPERTEL, por medio del cual se incorporaron las reformas de 1994 a la Ley Especial de Telecomunicaciones así como las disposiciones de un nuevo reglamento para el STMC<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> *Ibíd.*

<sup>21</sup> Ramos, Edgar y Eric Neira: *Diagnostico del sector telefónico ecuatoriano*, serie de apuntes de economía No. 41, Dirección General de Estudios Banco Central Ecuador, Quito, 2004, p. 22, disponible en: [www.bce.fin.ec/documentos/PublicacionesNotas/Catalogo/Apuntes/ae41.pdf](http://www.bce.fin.ec/documentos/PublicacionesNotas/Catalogo/Apuntes/ae41.pdf), consultado el 12 de diciembre de 2008.

<sup>22</sup>H. CARRIÓN GORDÓN: *Regulación e inversión en telecomunicaciones. Estudio para el caso Ecuador*, IMAGINAR.org, Centro de Investigación de la Sociedad de la Información, Quito, 2007. p. 32.

<sup>23</sup> Resolución 107-23-CONATEL-96 publicado en el Registro Oficial No. 44 de 11 de octubre de 1996.

A raíz de la suscripción de los contratos recién mencionados, se configuró una situación crucial para el resto de años que duró la concesión, la cual favoreció tanto a CONECEL S.A. como a OTECEL S.A., las cuales sostuvieron la irretroactividad de todas las normas y obligaciones que en lo posterior determinara el CONATEL en su calidad de órgano regulador. Teniendo en cuenta esto, a través de la Resolución No. 421-27-CONATEL-98, se expidió nuevamente un Reglamento de STMC que contenía readecuaciones al reglamento expedido en 1996. Tras una serie de controversias y no obstante la insistencia del CONATEL y de la SENATEL en que se debía tener en cuenta el reglamento de 1998, finalmente el Procurador General del Estado mediante Oficio No. 17235 de 9 de abril de 2001, se ratificó en el contenido del Oficio 16863 de 14 de marzo de 2001 con el cual respondió a la consulta de la SENATEL sobre la procedencia de la aplicación del Reglamento de STMC de 1998 a las dos operadoras celulares, a lo cual contestó que los contratos ratificatorios eran la única fuente de obligaciones de las operadoras y que éste únicamente reconocía al Reglamento STMC de 1996, motivo por el cual se debía tener en cuenta la irretroactividad de las normas posteriores al citado negocio jurídico.

Gracias a este pronunciamiento, PORTA y MOVISTAR se vieron al margen de una serie de reformas en el sector de telecomunicaciones, verbigracia, la contribución trimestral del 1% anual de los ingresos facturados y percibidos al Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones (FODETEL) que se fijó en el año 2001, o de igual manera, las sanciones a las infracciones se sostuvieron en un máximo de doscientos dólares, entre otras situaciones que brindaron un beneficio por igual a las dos operadoras.

Ya para 1998 el mercado comenzaba a dinamizarse cada vez más, llegando a duplicarse el número de usuarios totales de un año al otro<sup>24</sup>, y así se mantuvo en parejo crecimiento para las dos operadoras hasta el año 2001, cuando CONECEL S.A. empezó a tomar distancia en la captación de usuarios, principalmente por motivo de un

---

<sup>24</sup> Ramos, Edgar y Eric Neira: *Diagnostico del sector telefónico ecuatoriano*, serie de apuntes de economía No. 41, Dirección General de Estudios Banco Central Ecuador, Quito, 2004, p. 19, disponible en: [www.bce.fin.ec/documentos/PublicacionesNotas/Catalogo/Apuntes/ae41.pdf](http://www.bce.fin.ec/documentos/PublicacionesNotas/Catalogo/Apuntes/ae41.pdf), consultado el 12 de diciembre de 2008.

agresivo marketing, ofreciendo nuevas tecnologías y mayor cobertura del territorio ecuatoriano<sup>25</sup>.

El despegue de CONECEL S.A. fue gracias a la inversión del Grupo mexicano América Móvil, quienes en el año 2000 compraron el paquete accionario de dicha compañía<sup>26</sup>, inyectando grandes sumas de capital que tuvieron como misión posicionar a la marca PORTA como la más importante del país, la cual hasta ese entonces, según sus directivos se encontraba en déficit por lo que en los años posteriores fueron amortizando las pérdidas y la agresiva inversión hasta obtener un saldo positivo<sup>27</sup> en el 2004 cuando por primera vez, desde que América Móvil asumió la administración, CONECEL S.A. registró ganancias al Servicio de Rentas Internas (en adelante SRI).

Es así que, PORTA, fue muy acertada en la migración total hacia la tecnología GSM predominante en el comercio global de la telefonía móvil, mientras que BELLSOUTH permaneció sino hasta el año 2004 con tecnología ya antigua como CDMA y TDMA, lo cual afectó seriamente su participación en el mercado.

Para una mayor ilustración proponemos el siguiente cuadro para evidenciar la crecida del mercado del STMC en el Ecuador desde 1996 hasta octubre de 2003 en cual se aprecia como a partir del 2001 la brecha entre las dos operadoras se comenzó a tornar cada vez más distante, al punto que en octubre de 2003, CONECEL S.A. ya sobrepasó con cerca de 400.000 clientes la barrera del millón de usuarios, mientras que OTECEL S.A. se relegó a 824.340 usuarios<sup>28</sup>:

Con el fin de apreciar el incremento de usuarios de cada operadora desde el año 1996 hasta el 2003, a continuación añadimos el siguiente gráfico que demuestra con gran claridad la crecida del mercado:

---

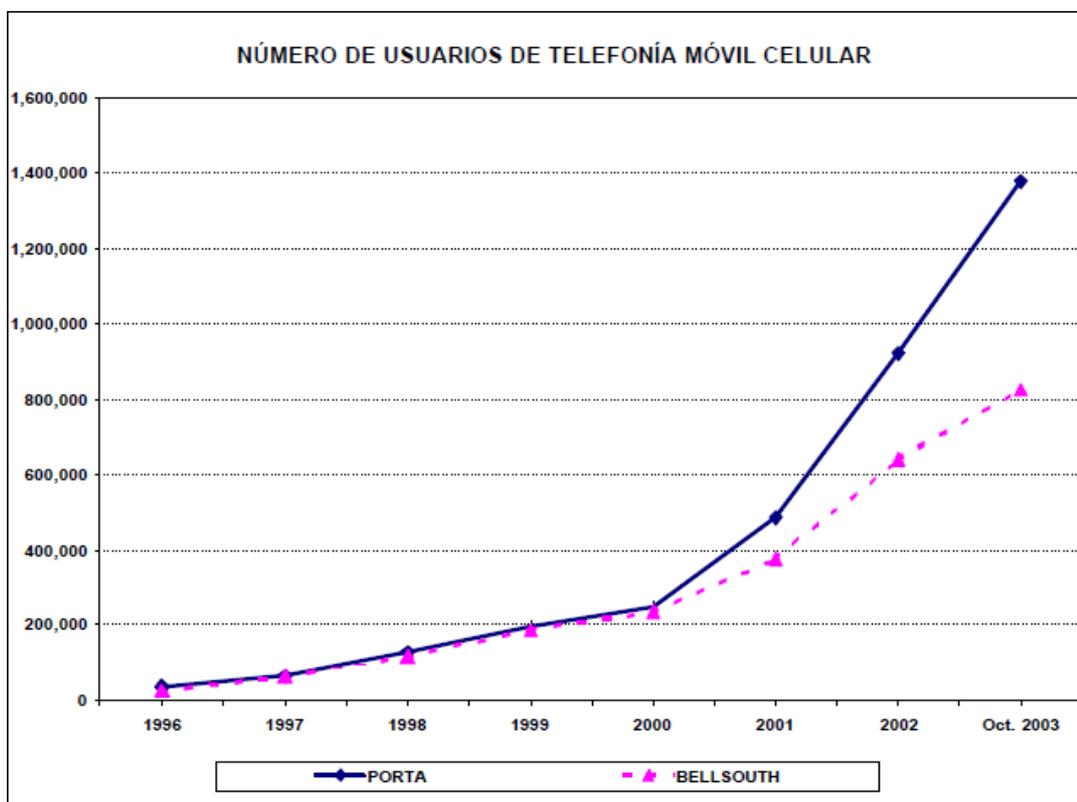
<sup>25</sup> *Ibíd.* p. 20.

<sup>26</sup> I. Dávila Villavicencio: Diagnóstico de la libre competencia en el sector de telecomunicaciones en el Ecuador. Perspectivas y posibles acciones para su real aplicación en el país, Tesis para la obtención de Ingeniera en la Escuela Politécnica Nacional, Quito, 2008, p. 138, disponible en <http://hdl.handle.net/123456789/1047>, consultado el 9 de diciembre de 2009.

<sup>27</sup> LA JORNADA: "Historias afortunadas, 7 millones por ahora, ganancia de los bancos. Investigación en Ecuador", 14 de Septiembre de 2007, disponible en [www.jornada.unam.mx/2007/09/14/index.php?section=economia&article=030o1eco](http://www.jornada.unam.mx/2007/09/14/index.php?section=economia&article=030o1eco), consultado el 15 de diciembre de 2008.

<sup>28</sup> *Ibíd.* p. 144

Gráfico No.2<sup>29</sup>



El 2003 fue el año entonces en que se declaró como un hecho el boom de la telefonía móvil, observando tal potencial que incluso el Estado ecuatoriano quiso entrar a la palestra por medio de la compañía TELECSA S.A., cuya propiedad accionaria también ostentaba el Fondo de Solidaridad de manera indirecta ya que ANDINATEL S.A. y PACIFICTEL eran en sí los accionistas.

Para ese momento, el mercado ya se había definido enteramente, y para ALEGRO, nombre comercial de TELECSA S.A., iba a ser una tarea muy difícil tratar de penetrar los nichos de las otras dos operadoras.

Aunque ALEGRO entraría al mercado de las telecomunicaciones con algunas ventajas, nunca le alcanzó su gestión para lograr posicionarse. Entre las ventajas referidas tenemos que, a diferencia de las otras operadoras, TELECSA S.A. fue el

<sup>29</sup> Ramos, Edgar y Eric Neira: *Diagnostico del sector telefónico ecuatoriano*, serie de apuntes de economía No. 41, Dirección General de Estudios Banco Central Ecuador, Quito, 2004, p. 20, disponible en [www.bce.fin.ec/documentos/PublicacionesNotas/Catalogo/Apuntes/ae41.pdf](http://www.bce.fin.ec/documentos/PublicacionesNotas/Catalogo/Apuntes/ae41.pdf), consultado el 10 de diciembre de 2008.

primer concesionario del Servicio Móvil Avanzado (en adelante SMA), siendo este la versión moderna con mucha más capacidad del STMC, asignándole a la vez un rango de frecuencias dentro de un segmento del espectro radioeléctrico muy codiciado, esto es, la banda de 1900 MHz; además dentro de su Contrato de Concesión se estableció un período de exclusividad que lo único que pretendía en el fondo era dar oportunidad a un operador naciente frente a dos titanes. El precio de la concesión de igual forma fue benevolente y en atención a la dificultad que se le preveía para la entrada al mercado, el total ascendió a 31 millones de dólares.

Aquí se da otro momento importante, cuando CONECEL S.A. y OTECEL S.A., impugnaron vía reclamación administrativa el proceso público competitivo llamado por el CONATEL para la concesión del SMA. El reclamo solicitaba que se declare nulo todo el proceso por una serie de irregularidades que las dos operadoras habían previsto, entre éstas, la prohibición expresa a dichas compañías de participar en el proceso, cuestionaron además el monto base fijado en 30.5 millones de dólares cuando éstas alegaban haber pagado 60 millones de dólares, argumentaron además que no se estaba dando un trato igualitario y que el CONATEL estaba fomentando el monopolio de TELECSA S.A. con la serie de privilegios que le estaban concediendo<sup>30</sup>. Como era de esperarse, la impugnación fue negada por el CONATEL, con lo cual luego se planteó un amparo constitucional en la ciudad de Guayaquil, el cual falló favorablemente a CONECEL S.A. que estaba siendo coadyuvada por OTECEL S.A, motivo por el cual, el desenlace quedó en manos del Tribunal Constitucional, el mismo que revocó la sentencia del juez inferior negando así la acción de amparo mediante Resolución No. 784-2002-RA de la Primera Sala del Tribunal Constitucional de 2 de enero de 2003.

En todo caso, Hugo Carrión Gordón, conocedor de la experiencia ecuatoriana, sí consideró que el ingreso del tercer operador dio mayor dinamismo al sector móvil, con lo cual obligó a la reducción de tarifas y a la creación de nuevas estrategias comerciales por parte de los dos operadores, a quienes los considera igualmente dominantes, pero comenta además sobre la progresiva migración de CDMA a GSM de

---

<sup>30</sup> Resolución No. 784-2002-RA de la Primera Sala del Tribunal Constitucional de 2 de enero de 2003.

OTECEL S.A. como una causa determinante que le ha costado a dicha empresa perder una importante cuota de mercado<sup>31</sup>. Lo que pretende justificar el citado analista, es la configuración actual del mercado de la telefonía móvil, teniendo como principal protagonista a CONECEL S.A., luego a OTECEL S.A. como un compañero de oligopolio del primero que se vio afectado a la vez por una desacertada gestión empresarial, y en un lugar más reducido a TELECSA S.A., siendo ésta una empresa que lucha apenas por sobrevivir a pesar de los privilegios que obtuvo en su momento.

El 14 de octubre del 2004 se dio una operación clave en el servicio de telefonía móvil, esto es el emprendimiento en el país la transnacional española TELEFÓNICA, empresa de economía mixta con presencia en la mayoría de países de habla hispana mediante la marca MOVISTAR<sup>32</sup>. Sin perjuicio de que el mercado ecuatoriano no es en sí de los más trascendentes de América Latina, los capitales más importantes a nivel mundial en el sector de las telecomunicaciones se han hecho presentes, como muestra de las luchas constantes por la hegemonía en un sector de interés a nivel mundial.

Sin duda, la adquisición de TELEFÓNICA de OTECEL S.A., resultó en un repunte de la gestión de dicha compañía, la cual se reflejó en la inmediata decisión de migrar a la tecnología GSM, la cual es la más importante del mercado ecuatoriano. Además MOVISTAR comenzó a ampliar su red en el territorio nacional a través de la instalación de radiobases en puntos distintos a los focos de mayor concentración como son Guayas y Pichincha lo cual resultó en un efectivo incremento de sus ganancias.

Así, durante el año 2005, las operadoras se concentraron en la expansión de su cobertura, lo cual por supuesto significó el incremento considerable de usuarios para cada una; según fuentes del CONATEL, dicho año representó el mayor crecimiento para OTECEL S.A. en un 73%<sup>33</sup>, lo cual reflejó la competitividad instaurada en el mercado.

---

<sup>31</sup> H. CARRIÓN GORDÓN: *Regulación e inversión en telecomunicaciones. Estudio para el caso Ecuador*, IMAGINAR.org, Centro de Investigación de la Sociedad de la Información, Quito, 2007. p. 32.

<sup>32</sup> I. Dávila Villavicencio: *Diagnóstico de la libre competencia en el sector de telecomunicaciones en el Ecuador. Perspectivas y posibles acciones para su real aplicación en el país*, Tesis para la obtención de Ingeniera en la Escuela Politécnica Nacional, Quito, 2008, p. 142, disponible en <http://hdl.handle.net/123456789/1047>, consultado el 9 de diciembre de 2009.

<sup>33</sup> Ramos, Edgar y Eric Neira: *Diagnostico del sector telefónico ecuatoriano*, serie de apuntes de economía No. 41, Dirección General de Estudios Banco Central Ecuador, Quito, 2004, p. 20, disponible en

Producto del crecimiento de las operadoras, la capacidad del espectro concesionado en 1993 comenzó a saturarse por lo cual fue necesario un abastecimiento de espectro radioeléctrico a las redes de las tres operadoras. Así, el CONATEL emitió la Resolución número 496-21-CONATEL-2006 de 8 de septiembre de 2006 en la que aprobó la adjudicación de 10MHz de espectro a cada una de las operadoras por igual valor en un rango de frecuencias pretendido por los distintos prestadores de servicios de telecomunicaciones.

La valorización de la banda concesionada se la encargó a la consultora LATIN PACIFIC, quien determinó que el costo de dicho espectro era de 4.4 millones de dólares en virtud de un tiempo referencial de 3 años hasta que la concesión de STMC se diera por terminada. Tanto CONECEL S.A. como OTECEL S.A. en virtud del trato igualitario pagaron la misma cantidad, de igual manera lo hizo TELECSA S.A. a pesar de que era un operador que no necesitaba ampliar sus enlaces.

En el 2006 además ya fueron emitidas las primeras Resoluciones del CONATEL señalando los lineamientos para las negociaciones de las concesiones que homologarían a PORTA y MOVISTAR al SMA, sin embargo, he considerado pertinente tratar este asunto a fondo más adelante por la importancia que significa en la presente investigación.

### **1.2.1 Mercado 2008**

Como ha sido evidente en el recuento de la telefonía móvil en nuestro país, CONECEL S.A. y OTECEL S.A. han sido operadoras que han recibido un trato igualitario en todo su desempeño por parte de los órganos del sector, sin segregación de ningún tipo que haya afectado o podido afectar en la consecución de sus objetivos. Las dos operadoras, a lo largo de su concesión se han valido de los mismos y exactos argumentos en razón de la naturaleza idéntica de sus concesiones frente a los órganos del sector.

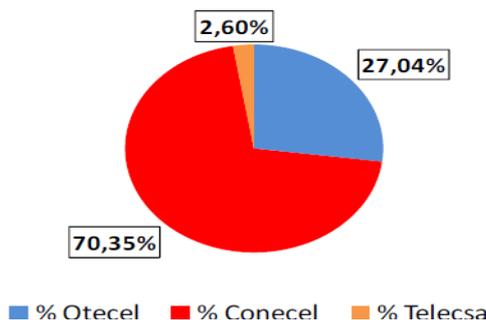
En este sentido, la gestión de una operadora se ha posicionado por sobre las demás, configurando en cierto sentido un oligopolio en nuestro mercado que ha tenido

como resultado la disminución de uno de dichos competidores. No obstante, no podemos hablar de un operador dominante, ni de abusos de posición dominante, tampoco de manipulación de precios sin contar con pronunciamientos oficiales, además las cifras denotan un régimen de competencia que parece estar bien establecido, sin perjuicio de que puedan existir debilidades en ciertos aspectos.

Ahora, es preciso demostrar además, las condiciones de mercado que conformaron el escenario de negociación de las concesiones de SMA entre el Estado ecuatoriano y las dos operadoras más importantes del sector.

Uno de los aspectos que suele ser objeto de la crítica general, es la repartición de usuarios del mercado de telefonía móvil, siendo CONECEL S.A. quien brinda el servicio al 70% del mercado frente al 27% de MOVISTAR y un 3% de ALEGRO<sup>34</sup>. Gráficamente, el mercado por número de usuarios se define de la siguiente manera:

**GRÁFICO No. 3<sup>35</sup>**



A pesar de lo expresado en el gráfico, hay que estar más allá de este parámetro, debemos ver el desempeño de la plaza ecuatoriana en los aspectos globales que la constituyen.

En el 2008 PORTA tuvo un incremento de 510.000 usuarios aproximadamente, y MOVISTAR 405.000 usuarios, TELECSA S.A. por su parte 200.000 usuarios<sup>36</sup>, por lo cual resulta difícil decir que el mercado se encuentra acaparado por una de las

<sup>34</sup> SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES: “Estadísticas. Telefonía Móvil y acceso a la Internet”, en SUPERTEL, *Revista Institucional No. 2*, Noviembre de 2008, Ecuador, p. 29.

<sup>35</sup> [www.supertel.gov.ec](http://www.supertel.gov.ec)

<sup>36</sup> SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES: “Estadísticas. Telefonía Móvil y acceso a la Internet”, en SUPERTEL, *Revista Institucional No. 2*, Noviembre de 2008, Ecuador, p. 28.

operadoras, pues el incremento de usuarios es proporcional, incluso en relación a la operadora más pequeña.

Hay que conocer también la distribución de los tipos de abonado en el escenario. Del total de abonados, esto es, 11'144.281, 9 millones y medio son de prepago y 1 millón y medio de postpago<sup>37</sup>. Saber qué tipo de cliente es mejor y brinda más rendimiento es fácil de responder, sólo el 10% de los usuarios tienen capacidad adquisitiva de planes modalidad postpago, siendo éstos los que mejores ganancias producen a sus operadoras.

MOVISTAR bordea los 750.000 abonados de postpago<sup>38</sup>, mientras que PORTA llega a un poco más de 1 millón de abonados<sup>39</sup>. Esto quiere decir que se compite en dicha área, mas en modalidad prepago, si bien CONECEL S.A. triplica a MOVISTAR en usuarios, cabe tener en cuenta que la conducta de este segmento es mucho más irregular y difícil de definir pues los usuarios no tienen las mismas condiciones económicas que los usuarios postpago. Cada una de las operadoras, tienen sectores de influencia distintos, PORTA ejerce mayor dominio en la costa y en la clase media baja, mientras que OTECEL S.A. tiene su cartera en la sierra y en la clase socio económica media alta, pero la lucha es clara por tener más presencia en el sector empresarial.

En este sentido, las cifras de competitividad pueden ser equiparadas a la modalidad postpago, donde la competencia es más apretada. Lo determinante será en verdad los ingresos netos de cada operadora para saber si alguien ejerce un control efectivo del mercado. Para esto el SRI nos proporciona ésta información a través de su página Web, en la cual se hayan cifras de impuesto a la renta causado disponibles desde el año 2001, siendo así que PORTA hasta el año 2003 como se mencionó anteriormente, no declaró ganancias y por lo tanto no logró alcanzar la base imponible del impuesto. A partir de 2004, dicha compañía ha generado impuesto a la renta de acuerdo al siguiente cuadro:

---

<sup>37</sup> *Ibíd.* p. 28.

<sup>38</sup> *Ibíd.* p. 30.

<sup>39</sup> *Ibíd.* p. 31.

#### IMPUESTO A LA RENTA CONECEL S.A.

Año	Impuesto Pagado
2007	USD 51'234.697,39
2006	USD 2'525.708,22
2005	USD 1'118.927,27
2004	USD 358.771,27

Fuente: [www.sri.gov.ec](http://www.sri.gov.ec)

La suma pagada en el 2007 constituye el impuesto a la renta pagado más alto de toda la recaudación, sin embargo, en los años anteriores vemos que no existe proporcionalidad con el impuesto pagado.

Respecto a MOVISTAR, que es el tercio de comparación de CONECEL S.A. en el presente estudio, se puede apreciar una diferencia sustancial en los valores pagados anualmente por impuesto a la renta, especialmente porque esta operadora sí ha declarado ganancias inclusive desde antes que TELEFÓNICA asuma su administración, pagando un promedio de 3 millones de dólares cada año, en lo posterior el pago del impuesto a la renta obedecería al siguiente cuadro:

#### IMPUESTO A LA RENTA OTECEL S.A.

Año	Impuesto Pagado
2007	USD 7.305.825,55
2006	USD 7.126.603,39
2005	USD 5.395.081,40
2004	USD 7.095.938,89

Fuente: [www.sri.gov.ec](http://www.sri.gov.ec)

El impuesto causado en este caso es mucho más constante que el de la otra operadora, lo que refleja ingresos con una frecuencia más regular, pero si se hace una

suma de la recaudación de OTECEL S.A. desde el año 2001, veremos que lo que han aportado al fisco las dos operadoras se remite a cifras iguales.

### **1.2.2 Igualdad de condiciones entre CONECEL S.A. y OTECEL S.A.**

Lo que sale a la luz en nuestro mercado, es una participación importante de CONECEL S.A. producto de un posicionamiento empresarial que, encuentra su contraparte directa en OTECEL S.A., compañía que tiene así mismo un lugar bien definido en un mercado lleno de estratos y usuarios que actúan de distinta manera, refiriéndonos específicamente a los abonados prepago y postpago. De los primeros, se ha dicho ya que son muy inestables en su rendimiento, al punto que muchos de los usuarios de ésta categoría, de la cual PORTA es el líder indiscutible, permanecen por dos o tres meses sin hacer recargas de saldo y únicamente reciben llamadas, y en realidad son minoría los conocidos como usuarios activos, es decir, aquellos que efectivamente realizan y reciben llamadas. Por esto, reiteramos, es bastante inexacto pensar que tener el 70% de usuarios constituye *per se* una hegemonía.

En cuanto a sus condiciones dentro del mercado, siempre han sido iguales, desde un inicio las dos concesiones fueron idénticas, y las dos operadoras siempre han recibido el mismo trato a lo largo de las administraciones de turno de los órganos del sector. Desde el primer contrato de concesión, pasando por la ratificación de éstos, con el adelanto a valor presente de los derechos de concesión, en la adjudicación de 10 MHz de espectro radioeléctrico adicionales, en el argumento de la irretroactividad de la ley, o en la impugnación al proceso público competitivo en el que ALEGRO fue adjudicado, CONECEL S.A. y OTECEL S.A. han sido siempre iguales, en ningún momento se puede decir que la administración estatal estableció una discriminación respecto a la otra que le haya perjudicado de tal manera que se haya visto afectada en la participación dentro del mercado.

En telefonía móvil al menos, se puede decir que en el Ecuador la regla general ha sido una aplicación a los enunciados de la regulación de las telecomunicaciones, lo cual instauró un mercado bien definido, en el que CONECEL S.A. evidentemente tuvo una mejor gestión empresarial respecto de sus competidores, lo cual le ha

conferido el crecimiento que hoy en día ostenta; OTECEL S.A. por su parte no se encuentra para nada distante, con la inversión de TELEFÓNICA en el 2004, su negocio ha ido creciendo también, siendo un operador que plantea un verdadero régimen de competencia por ganar mercado, por lo cual de ninguna manera se le puede considerar como un agente vulnerable dentro del mercado ecuatoriano, a diferencia de TELECSA S.A., compañía inmersa en la quiebra, aparentemente solventada por las arcas estatales, que por decisiones empresariales poco acertadas, no logró eventualmente, situarse a la par de los dos grandes.

Por lo tanto, teniendo en consideración los antecedentes de hecho y conclusiones presentadas en esta primera parte, y como en toda premisa jurídica, a continuación, ahondaremos en los aspectos jurídicos de la hipótesis planteada en esta investigación.

## **CAPÍTULO II**

### **RÉGIMEN JURÍDICO**

#### **2.1 Normativa Aplicable**

Nuestro ordenamiento jurídico desafortunadamente no ostenta un régimen de competencia bien establecido, existen apenas reglamentos que regulan el tema de competencia someramente en distintas áreas del derecho, pero no existe una ley con la suficiente jerarquía que señale a fondo los lineamientos en dicha materia. Esta ha sido una tarea que se ha relegado a lo largo de los años, posiblemente por el activismo político en la función legislativa, el que ha ponderado prioridades de distinto orden al establecimiento de un legítimo régimen de competencia.

A pesar de esto, Ecuador gracias al derecho comunitario, sí goza de cierta normativa de competencia por medio de la Decisión 608 de la Comunidad Andina (en adelante CAN), la cual dicta las normas para la protección y promoción de la libre competencia. Previo a analizar las normas que son de importancia para el presente análisis, cabe justificar la aplicación de la citada Decisión en el ámbito de las conductas que tengan origen y efectos únicamente en el Ecuador.

El artículo 5 de la Decisión 608 en su literal a), señala que el ámbito de aplicación de ésta serán todos los actos que tengan origen en uno o más países miembros y que sus efectos se produzcan a nivel interandino, estando excluidas por lo

tanto aquellas conductas que cuyo origen y efectos se den en un mismo país miembro. Por esto, la Decisión 608, no podría entrar a funcionar de manera supletoria a una ley de competencia para los asuntos internos que se susciten en el Ecuador. Sin embargo, gracias a una Decisión posterior de la CAN, la 616, se faculta en el artículo 1 de ésta al Ecuador la aplicación de la Decisión 608 en todos sus aspectos e introduciendo además la posibilidad de invocar dicha Decisión para aquellos casos que no se encuentren en ésta contemplados.

De esta forma, para los casos que se susciten en el ámbito interno del Ecuador, es decir, respecto a las conductas con origen y efectos únicamente dentro del territorio ecuatoriano, también se podrá invocar la aplicación de la Decisión 608 como una norma supletoria a la correspondiente ley de competencia que debería existir en nuestro país.

Entendido esto, tenemos que en nuestro ordenamiento jurídico desde el año 2005 en que entró en aplicación la Decisión 608, existe de alguna forma, normativa de competencia, que recién con la entrada en vigencia del Decreto Ejecutivo No. 1614, el mismo que fue promulgado en el Registro Oficial No. 558 de 27 de marzo de 2009, puede ser aplicada con un procedimiento bien establecido.

Aclarada la vigencia y aplicabilidad de la Decisión 608 en el ámbito interno de nuestro país, es preciso ahora revisar su contenido. El artículo 3 de la Decisión inmediatamente se preocupa por dar vida jurídica a una serie de principios fundamentales propios del régimen de competencia; en primer lugar, el literal a) del artículo recién mencionado, se refiere a la no discriminación o principio de trato no discriminatorio, según el cual se debe conferir un tratamiento igualitario todas las personas prescindiendo de cualquier forma de distinción por ningún género; continúa el literal c) en el consagramiento del debido proceso, haciendo énfasis en la necesidad imperante de que los pronunciamientos del poder público se encuentren debidamente motivados.

Con observancia de estos principios, la Decisión 608 en el artículo 7, enumera una serie de conductas reprochables para el régimen de competencia, refiriéndose a los acuerdos que tengan la finalidad de instaurar prácticas contrarias a la libre competencia, entre algunas de éstas, según consta en el literal d) del mismo artículo, el impedir o

dificultar tanto el acceso como la permanencia de competidores actuales o potenciales de un mercado determinado.

Es necesario además, entender la definición de agente económico que proporciona la misma Decisión en el artículo 1, según el cual por éste se entenderá a toda persona de derecho público o privado, con finalidad o no lucrativa, que ofrezca o demande bienes o servicios en un mercado.

Las normas aquí tratadas son de importancia en lo sucedido en el Ecuador durante el procedimiento de concesión del SMA a las operadoras CONECEL S.A. y OTECEL S.A., pues nos proporcionan el elemento legal que no es posible encontrar en nuestra legislación.

### **2.1.1 Regulación en Telecomunicaciones**

Ahora, en el sector de las telecomunicaciones dado a su importancia económica, el régimen de competencia ha sido más que un vector, un paradigma, que está presente en cada una de las relaciones jurídicas existentes en este ámbito.

La libre competencia no consiste en dejar al libre albedrío a los operadores frente a los usuarios, lo cual significaría un libertinaje en extremo peligroso, pues al tratarse las telecomunicaciones de servicios públicos, constituyen una enorme responsabilidad para el Estado quien, constantemente debe velar por la calidad del servicio y el establecimiento de políticas, es decir, consiste además en evitar las prácticas anticompetitivas.

La función del Estado como responsable de ésta actividad, tiene dos aristas principales pero no exclusivas, usuarios y operadores, los dos son objeto de protección y de exigencia cuando sea del caso. La normativa debe estar enfocada a proteger a los grupos susceptibles de disminución en sus derechos, por lo tanto, la regulación del Estado empieza desde la entrada al mercado, el acceso a los recursos escasos como el espectro radioeléctrico, pasando por la prestación del servicio respecto a los usuarios, hasta el fin de las operaciones del concesionario.

En la legislación interna como expuse durante el capítulo anterior, existe variada normativa en materia de telecomunicaciones, sin embargo, previo a su análisis más profundo, se trataran disposiciones de derecho comunitario también, las cuales forman

parte de nuestro ordenamiento con jerarquía suprallegal, y por tanto de obligatorio cumplimiento para los órganos del sector de las telecomunicaciones en el Ecuador.

En 1999, la CAN expidió la Decisión 462, encargada de regular la integración y regularización de los servicios de telecomunicaciones en la región. Las disposiciones de mayor relevancia en la Decisión mencionada radican en el aspecto de entrada al mercado y acceso a recursos escasos toda vez que, es muy preocupada del establecimiento de un verdadero régimen de competencia.

El alcance de dicha Decisión según el artículo 3 de la misma, abarca todos los servicios de telecomunicaciones y sus formas de prestación, a excepción de las actividades de radiodifusión y televisión. En cuanto al fondo de la Decisión 462, el artículo 10 es muy claro en relación las condiciones para prestar los servicios de telecomunicaciones, esto es, en igualdad entre todos los solicitantes de títulos habilitantes y en observancia de procedimientos transparentes y no discriminatorios. El artículo 12 a su vez, dicta cuales pueden ser las únicas razones para negar la concesión de un servicio, siendo éstas, motivos de derecho interno, con lo que se reduce la discrecionalidad de las administraciones para negar concesiones a hechos determinantes bien definidos por la legislación de cada país.

### **2.1.2 Normativa ecuatoriana**

Con base a estas disposiciones de un carácter un tanto general, es momento ahora de introducirnos al régimen de competencia de las telecomunicaciones en el Ecuador. La Ley Especial de Telecomunicaciones reformada, en su capítulo VII, contiene la norma de mayor trascendencia en cuanto al régimen de competencia, pero su importancia deviene del carácter legal pues su contenido no es tan vasto ni completo, relegándose a decir en el artículo 38 que, todos los servicios de telecomunicaciones deben ser brindados en libre competencia, evitando entre algunas conductas, los monopolios, abusos de posición dominante y más bien promueve la accesibilidad, eficiencia y calidad de los servicios de telecomunicaciones. Sin embargo de dicho enunciado, el mismo artículo en su inciso final incurre en una contradicción al reconocer la titularidad del servicio público de telecomunicaciones a favor de la Ilustre Municipalidad del cantón Cuenca conforme se explicó en el capítulo anterior.

No obstante de la carencia de profundidad de la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada en atención al régimen de competencia, el Reglamento a dicha Ley, cumpliendo su papel, fue más detallado y preciso en las disposiciones sobre la libre competencia. El artículo 18 del Reglamento mencionado, manda al CONATEL ciertas tareas para evitar las prácticas contrarias a la libre competencia, entre las cuales es de interés para nuestro análisis, la detallada en el literal c), referida a la prevención y corrección de tratos discriminatorios.

Pero el Reglamento en mención cuida también otros aspectos en cuanto a la protección de los usuarios y del mercado, reconociendo a los operadores dominantes, quienes deben ser declarados como tal por el CONATEL cuando cumplan ciertas condiciones de acaparamiento de mercado. De igual forma, el CONATEL tiene la facultad de regular los precios de mercado a fin de evitar situaciones predatorias entre competidores, y en cuanto al acceso al espectro radioeléctrico manda a que su disponibilidad sea igualitaria, entre otras disposiciones.

El CONATEL tiene muchas atribuciones a su haber, muchas de las cuales son relativas al régimen de competencia tal como lo establecen el literal a), d) y m) del artículo 87 del Reglamento a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada.

El primer literal invocado hace mención a la facultad de aprobar el Plan Nacional de Desarrollo de Telecomunicaciones, el cual constituye una herramienta clave en las directrices de la actuación de los órganos del sector para lograr la evolución armónica de las telecomunicaciones en el país<sup>40</sup>. El último Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones aprobado fue el correspondiente al quinquenio 2007-2012, el mismo que debió servir de base para la concesión del SMA a las operadoras CONECCEL S.A. y OTECEL S.A., y que reconoce dentro de sus objetivos estratégicos la aplicación de tecnología y de la regulación a fin de emprender una administración responsable, equitativa y no discriminatoria<sup>41</sup>.

El literal d) del artículo 87 del Reglamento aquí mencionado, es de trascendencia por referirse a la atribución del CONATEL para dictar normas de protección a los derechos de los usuarios así como de los prestadores del servicio de

---

<sup>40</sup> Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones 2007-2012, Resolución 165-04-CONATEL-2008 del 6 de marzo de 2008, Suplemento Registro Oficial No. 336 del 14 de mayo del 2008, p. 6.

<sup>41</sup> *Ibíd.* p. 23.

telecomunicaciones. Es fundamental que nuestra legislación reconozca la tarea de proteger a todos los participantes dentro un mercado, entendiéndose así que participan en éste, usuarios, proveedores, operadoras, revendedores, etc. Sobre este particular, se debe decir que la actuación de la administración no puede ser siempre en desmerecimiento de los operadores a fin de favorecer a los usuarios<sup>42</sup>, la defensa del mercado supone estrictamente la promoción de la competencia para lograr las libertades económicas que buscan las operadoras con propósito de atraer más segmento del mercado.

Si la actividad de la administración no puede ser el desmerecimiento de operadores por usuarios, peor aún será el perjuicio de un operador en beneficio de otro u otros concesionarios, esto es lo que el literal m) del artículo 87 en mención nos proporciona sabiamente. La libre competencia según dicho artículo debe basarse en políticas y normas que promuevan y protejan la actividad entre los prestadores de los servicios de telecomunicaciones.

Aquí puede plantearse un punto de divergencia según la distinguida doctrina en virtud de que algunos tratadistas se inclinan por posturas de corte más liberal que otros en relación a la intervención del Estado, verbigracia Dromi, es partidario de que la conducta del ente público debe tratar de afectar en el mercado de la manera menos perceptible dado que la vigencia de la libre competencia es uno de los pilares de las sociedades contemporáneas<sup>43</sup>. Corroborando con esta exposición, Edgar González señala que la construcción de la libertad de competencia obedece a un modelo americano anglosajón llamado ‘public utilities’, el cual toma como punto de partida el carácter estrictamente privado de la actividad que es sometido a la mínima intervención del Estado con la finalidad de promover los intereses de los usuarios y en defensa de la libre competencia como ejes fundamentales de su desempeño<sup>44</sup>.

Por la corriente intervencionista en cambio, encontramos a Alberto Montaña con su propuesta de enfoque hacia la libertad económica privada según la cual dicha

---

<sup>42</sup> J.C. CASSAGNE: “Los nuevos entes regulatorios”, en ALBERTO SÁNCHEZ (Coordinador), *El derecho público actual*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 35.

<sup>43</sup> R. DROMI: *Las ecuaciones de los contratos públicos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, p. 40

<sup>44</sup> E. GONZÁLEZ LÓPEZ: “Las telecomunicaciones y el derecho administrativo”, en CENTRO DE ESTUDIOS EN DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES, *Lecciones en Materia de Telecomunicaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 22

libertad puede ser de empresa o de competencia, señalando sobre esta última su naturaleza de derecho que paralelamente conlleva deberes y que conforma además la regla del juego para todos los sujetos económicos, debiendo vigilar esta interacción el poder público mediante acciones positivas<sup>45</sup>. A mi criterio, debe hacerse un eclecticismo entre las dos posiciones, no considero oportuno que el Estado deje a rienda suelta la competencia en un mercado tan feroz como el de las telecomunicaciones, mas, tampoco soy partidario de una excesiva intervención del poder público, eso es por demás contrario a un régimen de competencia, por lo tanto, me allano al pensamiento de cierta doctrina argentina, la cual considera que el objetivo de la defensa de la competencia no radica en la protección de los operadores, ni de los usuarios, ni de ningún sujeto en particular, más bien tiene como meta la estimulación de la productividad y la calidad en virtud de un interés económico general, o simplemente bien común, clásica denominación del derecho administrativo en relación al fin del Estado<sup>46</sup>.

Sin perjuicio de la doctrina citada, es apreciable en el caso ecuatoriano que la intervención está encaminada a otra dirección distinta a la productividad y a la competencia, al constatar que la maquinaria pesada del Estado incluso prefiere participar directamente en los servicios públicos en vez de optar por la eficiencia de los sujetos privados especializados en cada servicio público, más aún, parecería castigar a aquellos prestadores que han adquirido una ventaja comercial sobre otros.

A partir de las normas aquí tratadas es como se desenvuelve a breves rasgos el régimen de competencia en el Ecuador, con una normativa mayormente reglamentaria, con apenas una única disposición legal que instauro el régimen de competencia, y con un marco jurídico comunitario que salvaguarda lo que podría ser el caos en el Ecuador en materia de competencia.

## **2.2 Igualdad. Marco Constitucional**

Nuestra escasa jurisprudencia en materia de derecho de competencia, nos obliga a recurrir al enunciado constitucional de igualdad a fin de hilar de manera más fina en

---

<sup>45</sup> A. MONTAÑA: *El concepto de servicios públicos en el derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, 2da Ed. Bogotá, 2005, p. 80

<sup>46</sup> SCHITER Y PORTO: *Telecomunicaciones. Marco Regulatorio*, El Derecho, Buenos Aires, 2002, p. 119.

el tema, con la participación por supuesto de la doctrina requerida para el cabal entendimiento de un principio tan importante y profundo.

El régimen de competencia como observamos anteriormente tiene como arista al principio de igualdad, el cual ha sido recogido tanto por la Constitución Política del Ecuador de 1998 tanto como la actual Constitución de la República del Ecuador del 2008. Cabe especificar que así ha sido, primordialmente porque el procedimiento de concesión de SMA a favor de CONECEL S.A. y OTECEL S.A. se llevó a cabo en torno a la Constitución de 1998, por lo cual ésta resultó ser la normativa constitucional que, en teoría al menos fue aplicada por el CONATEL y que determinó por ende sus límites en dicha actuación.

El artículo 23 de la Constitución de 1998 era por excelencia el que consagraba los derechos civiles de los habitantes del Ecuador. En el numeral 3, justamente se daba enunciado al derecho de igualdad, en el cual inteligentemente, se tomaba como esencial referencia la ley para la aplicación de dicho derecho, es decir, se hablaba de una igualdad legal ante la ley. Se decía así que, todas las personas son consideradas iguales, en el goce de los mismos derechos, libertades y oportunidades, añadiendo además que, no habría discriminación en razón de ninguna circunstancia, y enumeraba de manera ejemplificativa algunas como género, origen social o posición económica.

El escenario que planteaba la Constitución Política de 1998, se basaba en dos aristas, la igualdad y la no discriminación. El segundo es una consecuencia de la inobservancia del primero por lo cual están íntimamente ligados.

En este sentido, CONECEL S.A. y OTECEL S.A. como personas jurídicas ecuatorianas, estaban amparadas por el citado enunciado, y constituía una obligación para el CONATEL y los demás órganos del sector la observancia de dicho derecho en todo momento, algo que parece no haber sucedido en la valoración de los derechos de concesión del SMA pues se hicieron distinciones entre las dos operadoras a pesar del derecho a la igualdad ante la ley que prevalecía.

Es así que, el CONATEL, al exigir un precio mucho más elevado a CONECEL S.A. respecto a la prestación que exigía de OTECEL S.A., habría inobservado el derecho de igualdad y no discriminación garantizado por vía constitucional, sin menoscabo de las normas sectoriales que también consagran dichos principios, con lo

cual, la potestad discrecional del CONATEL de fijar los valores de concesión, daría a entender una mera arbitrariedad fuera de la órbita del Derecho objetivo y subjetivo, o en términos abreviados, en una ilegalidad.

Se ha demostrado en este trabajo que CONECEL S.A. y OTECEL S.A. se debían a una misma condición de igualdad legal observada por las distintas administraciones del sector de las telecomunicaciones, sin perjuicio de que una crecía más que otra en el ámbito puramente mercantil, lo cual obviamente no constituía una posibilidad de efectuar distinciones entre las dos operadoras en virtud del derecho a la igualdad ante la ley que les asistía.

Si nos remitimos a la doctrina, en este caso chilena, las consideraciones de la igualdad son muy oportunas para la interpretación que asiste al caso aquí planteado, motivo por el cual es imperante citar de manera textual la siguiente conclusión:

*En suma, la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien a otros que se hallen en condiciones similares. (...) La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; (...)*<sup>47</sup>

La afirmación citada no puede ser de mayor acierto en razón de que sienta un margen de relatividad obvia en una supuesta igualdad que se remonta más bien a aquellas similitudes que se traducen en circunstancias y condiciones análogas o similares.

La jurisprudencia ecuatoriana también se ha pronunciado sobre la aplicación del derecho de igualdad, el mismo que ha sido recogido por muchas de las Constituciones que han tenido vida en el país.

Así por ejemplo, traemos a exposición al caso León Roldós Aguilera y otros demandantes, en contra del Ministerio de Energía y Minas, en el cual los actores solicitaron se declare la inconstitucionalidad del acuerdo arbitral celebrado en 1992 entre el referido Ministerio y la Empresa Eléctrica del Ecuador (EMELEC), argumentando en lo principal que dicho convenio era inconstitucional por contradecir

---

<sup>47</sup> M. VERDUGO, EMILIO PFEFFER Y HUMBERTO NOGUEIRA: *Derecho Constitucional Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 209.

al artículo 16 de la Constitución de 1978, ante lo cual el Tribunal de Garantías Constitucionales existente en dicha época, se abstuvo de pronunciarse sobre el tema, y en apelación de dicha Resolución, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia procedió a revocarla sin conceder la pretensión a los actores. La sentencia del Recurso Constitucional<sup>48</sup> nos interesa por el tratamiento que hace sobre el derecho de igualdad ante la ley, la cual en el considerando sexto manifiesta sobre el citado derecho que la jurisprudencia y la doctrina han coincidido en que la discriminación reside en efectuar diferenciación entre dos personas o más, que se encuentran siendo ubicadas en las mismas condiciones, añadiendo además que, de existir los presupuestos de igualdad de circunstancias entre quienes hayan sido invocados por una norma, se produciría un quebrantamiento al derecho si es que tiene lugar un tratamiento discriminatorio de dichos sujetos por razones ajenas a las del poder público<sup>49</sup>, es decir, a la ley.

En otra jurisprudencia más propia del ámbito administrativo, también la Corte Suprema de Justicia ha emitido su criterio sobre la igualdad ante la ley y la no discriminación, precisamente en la controversia suscitada con el Ministerio de Finanzas por alegar la improcedencia del pago de los valores reconocidos a los ingenieros civiles según la Ley de Escalafón y Sueldos de los Ingenieros Civiles por no existir financiamiento para aquello por parte del tesoro nacional, así la Sala de lo Administrativo hizo prevalecer el principio de igualdad ante la ley sentenciando que sería discriminatorio frente a otras instituciones del Estado que sí han pagado los rubros previstos en la Ley antes mencionada, el aceptar que el Ministerio de Finanzas esté exento de la obligación controvertida<sup>50</sup>.

Pero volviendo a la doctrina una vez analizada la jurisprudencia nacional, cabe tener en cuenta en virtud del derecho de igualdad que, en procedimientos tan sensibles como en la valoración de una concesión de servicio en régimen de competencia, las administraciones deben cuidar por demás de su actuación a fin de no disminuir ninguno de los derechos de las partes intervinientes.

---

<sup>48</sup> Gaceta Judicial. Año XCV. Serie XVI. Nro. 2. Pág. 524. Quito, 7 de febrero de 1994.

<sup>49</sup> *Ibíd.*

<sup>50</sup> Gaceta Judicial. Año XCVI. Serie XVI. Nro. 7. Pág. 1976. Quito, 25 de noviembre de 1996.

Es tanto así, que Roberto Dromi, en su amplia bibliografía, nos proporciona un texto dedicado a las ecuaciones que deben seguir los contratos públicos en los que generalmente se fijan pues cánones por concesión, del cual se resalta entre otras cosas el derecho y a la vez garantía de igualdad que gozan los contratistas, teniendo que ser la concurrencia en el mercado todas las veces en igualdad de condiciones con el resto de prestadores del servicio público, por cuanto los obstáculos discriminatorios así como los factores de desigualdad deben ser eliminados por completo para encontrar un progreso económico en la aplicación del principio de legalidad<sup>51</sup>.

Cassagne por su parte, opta por la configuración de su punto de vista a través del concepto de justicia conmutativa, opinando sobre ésta que en la realidad no se da una fiel aplicación del enunciado de justicia debido a la observancia más bien de factores ajenos al establecimiento de la igualdad, pues, si se hace un examen de cada una de las condiciones mínimas de los individuos, jamás nadie podrá ser considerado igual a otro, y es precisamente a lo que la justicia conmutativa apunta, se refiere a la igualdad de oportunidades entre personas de similares posibilidades<sup>52</sup>.

Pero la contribución del autor mencionado no queda ahí, su aporte es de suma importancia para la presente exposición, de manera que es necesario citarlo textualmente:

*(...) la remuneración pertenece, en todo contrato, a la justicia conmutativa, dado que el precio contractual constituye el equivalente de las prestaciones que se llevan a cabo en función de la obra, cosa o servicio contratado, sin atender, en principio, a la condición personal, salvo que esta condición influya decisivamente sobre la calidad o especialidad de la respectiva obra, cosa o servicio<sup>53</sup>.*

Es notable el carácter objetivo de lo transcrito por señalar como en medida de la naturaleza y características de un servicio dado en concesión, se podrá establecer la contraprestación del contratista, prescindiendo de consideraciones personales pues esto afecta a la justicia del contrato y podría causar una ventaja ilegítima en otros prestadores, por lo cual, al menos que se traten de calidades personales especialísimas

---

<sup>51</sup> R. DROMI: *Las ecuaciones de los contratos públicos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, p. 171.

<sup>52</sup> J.C. CASSAGNE: *Estudios de derecho público*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2005. P. 137.

<sup>53</sup> *Ibíd.*

que la ley prevea conforme al principio de legalidad, darán lugar a que el ente público utilice parámetros distintos a los meramente objetivos para fijar dicha contraprestación.

Es simplemente peligroso abordar los caracteres personales, enseguida pueden emerger discriminaciones respecto de otros prestadores, y siempre se podrá encontrar un tercio de comparación que constituya segregación y por ende ilicitud a la actuación administrativa.

Las distinciones que eventualmente hagan las administraciones en un procedimiento de contratación deben ser fundadas de la forma más amplia para no llegar a la violación del derecho de igualdad ante la ley aquí comentado, es decir, se debe invocar a la misma ley en dicha motivación de desigualdad positiva por ser ésta el mecanismo para evitar restricciones al derecho de libertad económica.

Según el consenso de la doctrina expuesto, la igualdad es un concepto relativo, que observa además acepciones referentes a oportunidades y condiciones, por eso, es de entender que dicho enunciado es figurativo dentro de un mercado determinado, con esto me refiero a que nada ni nadie puede ser igual, y por tal la denominación de ‘mercado imperfecto’ es la apropiada para entender el derecho a la igualdad y no discriminación.<sup>54</sup>

La competencia sugiere naturalmente una desigualdad, unos elementos siempre sobresaldrán más que otros, y es por eso que se configura la posición de los diferentes actores dentro de un mercado. No es negativo que unos tengan una mejor posición que otro, el aspecto rechazable se da cuando existe abuso de una posición dominante, y ni siquiera cuando un participante tiene ‘poder de mercado’, pues en esta figura se prevé nada más una situación de potencialidad y no de daño inminente, se refiere por lo tanto a la situación de un agente económico particular con la capacidad de imponer o elevar unilateralmente los precios por encima del nivel competitivo, por un tiempo prolongado y sin incurrir en pérdidas significativas<sup>55</sup>, algo que no ha sucedido hasta ahora en el mercado ecuatoriano de la telefonía móvil.

En el régimen de concesiones y competencia, se debe estar entonces en todo momento al principio de igualdad entre concesionarios por parte de la administración

---

<sup>54</sup> W. LEGUIZAMÓN ACOSTA: *Derecho Constitucional Económico*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2000, p. 53.

<sup>55</sup> J. ALMONACID: *Derecho de la Competencia*, Legis, Bogotá, 1998, p. 36.

para lograr la regularidad y continuidad del servicio público que por su importancia no puede verse interrumpido, de modo que, atentar por parte del poder público a la naturaleza del cauce del régimen de competencia equivale a desequilibrar la calidad del servicio y las ofertas en el mercado en un perjuicio global.

Es por esto que Dromi añade que, la entrada al mercado por medio de la adquisición de licencias, siempre tendrá que responder al derecho de igualdad, de lo contrario no existiría un régimen de competencia y éste no sería más que un mero enunciado teórico<sup>56</sup>.

Lo mismo opinan Schiter y Porto sobre la estrecha relación del régimen de competencia con el derecho a la igualdad ante la ley, a quienes considero pertinente citar para una mayor ilustración de su pensamiento:

*El Estado, en esta nueva etapa, asume el compromiso de regular para la competencia y se propone consagrar una regulación exenta de todo privilegio, que garantice la igualdad y la libertad de comercio y de industria en el mercado de las telecomunicaciones, sin barreras a la incorporación de nuevos operadores, ni obstáculos a la dinámica de servicios e ingreso de nueva tecnología<sup>57</sup>.*

La obligación del Estado de observar la igualdad más allá de una contribución al régimen de competencia, se configura como un inexcusable deber a fin de garantizar el debido proceso, el cual asume el rol de aval indispensable para el ejercicio de algunos derechos fundamentales, entre ellos, la igualdad. El principio de imparcialidad de la autoridad es clave en el debido proceso, con el cual se pretende la igualación de oportunidades entendiendo además la igualdad de trato que una autoridad imparcial está supuestamente comprometida a observar<sup>58</sup>.

No queda duda entonces de la aplicación del derecho de igualdad en toda actuación sea o no de régimen de competencia, más allá de que el énfasis planteado aquí haga conexión con dicho régimen. Empero, sí existe una excepción a la regla general, en la que puede darse efectivamente una discriminación por parte del Estado hacia ciertos agentes económicos con el propósito de beneficiar a ciertos grupos o

---

<sup>56</sup> R. DROMI: *Derecho Telefónico*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 422

<sup>57</sup> SCHITER Y PORTO: *Telecomunicaciones. Marco Regulatorio*, El Derecho, Buenos Aires, 2002, p. 126.

<sup>58</sup> O. Gozaíni: *La justicia constitucional. Garantías, proceso y tribunal constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 260.

personas considerados como vulnerables por ciertas cualidades especiales que les restringe al ejercicio de sus derechos.

La discriminación positiva es por tal una facultad totalmente legítima otorgada al poder público, pero dentro de un régimen de competencia, como en el caso de las telecomunicaciones, la delimitación de dicha noción se estrecha sustancialmente. Con la adopción de ideas neoliberales, es cierto que la aplicación del derecho privado ha primado, pero esto desde luego no quiere decir que el Estado puede descuidar el ámbito de la competencia, tanto así que su mirada debe estar fijada perpetuamente en evitar o sancionar actos de abuso de posición dominante en los mercados que un prestador sea el gran acaparador de los ingresos, es ahí entonces donde se propone la aplicación de discriminación positiva con el objetivo de establecer una real competencia en sector determinado<sup>59</sup>.

El origen de la figura de discriminación positiva nos es explicado por Juan Almonacid, quien habla de dos formas de intervención del Estado en el mercado provenientes de la concepción del Estado Social de Derecho cuyo vértice es la solidaridad. La primera, es la garantista, referida a la veeduría de las obligaciones y derechos de los contratistas, y la segunda es la intervención correctora, que es la que busca el restablecimiento de la libre competencia. A criterio del autor recién mencionado, la facultad correctora se puede sobreponer a la garantista toda vez que, en ocasiones se puede dar abuso de derecho, especialmente en los mercados libres<sup>60</sup>.

No existe argumento válido que pretenda desconocer la discriminación positiva, pero ésta debe ser aplicada muy cuidadosamente pues el derecho a la igualdad ante la ley tiene un origen constitucional, de jerarquía superior en todo el Derecho, y de ahí su supremacía frente a otros valores y bienes jurídicos protegidos también por el Estado<sup>61</sup>.

### **2.2.1 Unión Europea**

---

<sup>59</sup> E. GONZÁLEZ LÓPEZ: “Las telecomunicaciones y el derecho administrativo”, en CENTRO DE ESTUDIOS EN DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES, *Lecciones en Materia de Telecomunicaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 35.

<sup>60</sup> J. ALMONACID SIERRA: *Derecho de la Competencia*, Legis, Bogotá, 1998, p. 82.

<sup>61</sup> J.C. CASSAGNE: *El contrato administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 138.

Como es aceptado, la experiencia europea comunitaria, es un estándar que siempre servirá como referencia a los Estados y comunidades que se encuentran en cierta medida, relegados del avance jurídico que es proyectado en el seno de la Unión Europea (UE), motivo éste por el cual, ahora invitamos a hacer una breve revisión de jurisprudencia que en materia de competencia sobreviene con el análisis de conceptos como igualdad y no discriminación.

El caso seleccionado llega de la Sala Sexta del Tribunal de Justicia Europeo, el cual en sentencia de 24 de octubre de 2002, ratificó el fallo subido en grado de la Sala Tercera del Tribunal de Primera Instancia de la Comunidades Europeas, en la controversia suscitada entre Aéroports de Paris (ADP) y Alpha Flight Services SAS (AFS).

En cuanto a los hechos, ADP es una entidad pública que tiene autonomía financiera y que según la ley local de Francia, tiene como funciones el organizar, explotar y desarrollar el conjunto de las instalaciones de transporte civil aéreo situadas en la región de París. En 1992, ADP y AFS firmaron un contrato de concesión por 25 años, en el cual se autorizaba a AFS la prestación de los servicios de mayordomía en un aeropuerto determinado a cambio del pago periódico de una tasa calculada sobre la base del volumen de negocios de AFS.

Luego de algún tiempo, en el mismo aeropuerto, ADP realizó una nueva concesión a Oirly Air Traiteur (OAT) de características similares a la de AFS, sin embargo a OAT le impusieron una modalidad distinta de derechos de concesión en cierta medida de menor carga que a AFS, motivo por el cual, este último acudió a la Autoridad Nacional competente para la remediación de dicha circunstancia. En efecto se le concedió su pretensión, sin embargo ADP impugnó ante el Tribunal de Primera Instancia de la Comunidades Europeas, el mismo que rechazó la argumentación de ADP y confirmó el contenido de la Decisión. Finalmente, ADP planteó recurso de casación en el cual se discutieron nuevamente los argumentos sostenidos.

En todo caso, todos los argumentos de ADP fueron desestimados, y se concluyó en la sentencia que ADP ejerció un abuso de posición dominante al fijar tasas distintas a concesiones similares; en razón de encajar en la definición de agente económico según la legislación comunitaria europea, se veía que el ofrecer en el

mercado la concesión de servicios de mayordomía no es una mera prerrogativa pública, sino, una efectiva actividad empresarial económica que por ende puede ser reconocida como susceptible de ejercer abuso de posición de dominio. Explica el Tribunal de Justicia Europeo que inclusive más allá de una actividad económica, en realidad el ADP ejerce un monopolio legal en relación a la concesión de servicios específicos y por lo tanto si puede ser sometido al respectivo control.

Otro de los puntos que se tratan, es la diferencia entre los conceptos de tasas idénticas y tasas no discriminatorias. Aquí, AFS solicitó la implementación de tasas de concesión no discriminatorias mas no idénticas, y se dice que la no discriminación consiste en un margen de diferencia objetivo. Sin embargo, el Tribunal de Justicia Europeo concluyó en que las dos concesiones versaban sobre un mismo servicio por lo cual no había razón para diferenciar las tasas y por ende se debían aplicar las mismas.

En sí, es muy rica de conceptos la citada jurisprudencia europea, y resaltamos de la exposición como se diferencia entre el concepto de idéntico y el de no discriminación, siendo que cuando dos personas no gozan de una misma calidad, no pueden tener un trato igualitario, pero cuando sí lo son, bien dice el Tribunal, que deben someterse al mismo tratamiento sin diferenciaciones injustificadas.

Lo que resulta curioso totalmente, es la argumentación del Tribunal respecto al ejercicio de un abuso de posición dominante por parte de una entidad pública. De acuerdo a los datos conferidos por la sentencia, ADP es una entidad pública según lo dicta el Código de Aviación Civil francés, y ubicarle a ésta en dicha categoría es algo que por lo menos en nuestra legislación parecería ser complicado. Me refiero así, a que el CONATEL podría ser considerado un agente económico empresarial que goza de un monopolio legal de las concesiones de los servicios de telecomunicaciones y que igualmente es una entidad de derecho público con autonomía financiera, y que respondería por actos de abuso de posición dominante en las faltas que cometa en contra de ciertos actores del mercado. De este modo, de existir una eventual arbitrariedad en la valoración de los derechos de concesión de CONECCEL S.A., ésta podría emprender una acción conforme al Decreto Ejecutivo No. 1614.

## **2.3 Actuaciones de la administración pública en régimen de competencia**

Para verificar si se cumplen las normas y principios propios del régimen de competencia que se han expuesto aquí, se acudirá a contrastar otra actuación del CONATEL sobre régimen de competencia en la esfera de las telecomunicaciones.

En gran medida, esto servirá para determinar como en la valoración de los derechos de concesión del SMA a favor de CONECEL S.A. y OTECEL S.A. podríamos estar ante una discordancia al régimen de competencia en razón de la prescindencia de la doctrina universal del derecho de igualdad ante la ley convergente con cierta jurisprudencia ecuatoriana, del trato no discriminatorio previsto en nuestra legislación interna y comunitaria, de la seguridad jurídica, del principio de legalidad, entre otros.

### **2.3.1 Interconexión**

Uno de los nichos de mayor competitividad en los mercados de telecomunicaciones, radica en la interconexión de las redes públicas. Ésta se encuentra definida por el artículo 34 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada como una unión entre dos redes públicas a través de cualquier medio permitido.

Así, cuando los usuarios de un operador realizan llamadas a los abonados de otra operadora, en ese momento se configura la interconexión puesto que son dos redes públicas distintas que están uniendo sus enlaces a fin de completar las llamadas de sus respectivos usuarios.

Por ser una actividad de tal magnitud, en la que se genera gran tráfico de llamadas, la interconexión tiene un cuidado especial en nuestra legislación, primordialmente contenido en el Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada y por medio de un Reglamento de Interconexión, importancia ésta que llega a manifestar en todos los casos como obligatoria la interconexión con el resto de operadoras tal como lo dice el artículo 36 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones.

Cada vez que se genera el acceso de un enlace de una red distinta a la de un operador específico, por cada minuto de duración de la llamada, se cobra un cargo de interconexión que es previamente fijado en un acuerdo de interconexión entre las operadoras.

Dichos cargos responden a distintos factores económicos, técnicos y jurídicos, por lo tanto, pueden variar entre operadores dependiendo la estructura de la red de cada uno, así como del tipo de servicio, rango de frecuencia en uso, etc. Lo cierto es que, la calidad de los servicios de telecomunicaciones depende en gran medida de la interconexión que requieran los usuarios de una operadora hacia la red de otro concesionario, por lo cual debe existir una perpetuidad en el tráfico de llamadas.

El Reglamento de Interconexión<sup>62</sup> por su parte, en el artículo 6 cuales son los principio generales de la interconexión, constando así en el literal a) de dicho artículo, la no discriminación e igualdad, esto es, que ningún operador puede dar trato privilegiado a un determinado operador en desmerecimiento y discriminación de otro u otros.

Dicho de esta forma, cada vez que dos operadoras sellan un acuerdo de interconexión en el que los cargos de interconexión son menores o más convenientes a los contenidos en acuerdos de interconexión suscritos con el resto de operadoras, inmediatamente, éstas últimas pueden acudir ante la SENATEL, conforme lo dicen los artículos 41 del Reglamento General y 36 del Reglamento de interconexión, y solicitar la Disposición de Interconexión mediante la cual se fijen los valores por cargos de interconexión igualitarios.

En vista de esta práctica, el CONATEL acertadamente en el 2006, emitió la Resolución No. 07-02-CONATEL-2006 de 18 de Enero de 2006 la cual en el artículo primero, claramente estableció que, en aplicación del Principio de Trato no Discriminatorio, todos los cargos fijados por Disposiciones de Interconexión dictadas por la SENATEL, tendrán efecto extensivo inmediato al resto de operadores que mantengan acuerdos de interconexión con los operadores objetos de las referidas Disposiciones de Interconexión.

---

<sup>62</sup> Resolución No. 602-29-CONATEL-2006 de 17 de noviembre de 2006.

Con esto, vemos como también en el régimen de interconexión dentro del marco regulatorio de las telecomunicaciones, se da una fiel aplicación del trato igualitario, en el que no se hace ninguna distinción en relación a la capacidad económica de los operadores, ni se les impone cargo de interconexión más altos conforme a sus ingresos anuales o número de abonados.

### **2.3.2 Servicio de Valor Agregado**

El Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada, en su artículo 11 define en qué consiste el Servicio de Valor Agregado (en adelante SVA), siendo éste una prestación que se sirve de servicios finales de telecomunicaciones para la incorporación de aplicaciones que mutan el contenido de la información en su formato, protocolo o código. Este servicio tiene diferentes modalidades, entre las cuales mencionamos brevemente los Proveedores de Servicios de Internet (en adelante ISP), el Audio-Texto, los Sistemas de Posicionamiento Global (GPS), etc<sup>63</sup>. Por la utilidad que representa al presente análisis, únicamente se tomará en cuenta a los ISP, a los cuales se les llamará indistintamente SVA también.

Sobre la importancia en la actualidad de la Internet en todas las actividades del ser humano no será preciso entrar en discusión toda vez que, es un hecho notorio como el SVA ha influido en nuestras vidas. Por esto, tratándose de un servicio de gran importancia que en el Ecuador incumbe a millones de usuarios, entendemos también que se trata de un mercado competitivo, en el que las empresas pugnan por la atracción de usuarios dado que en la plaza en el país muestra todavía gran potencial.

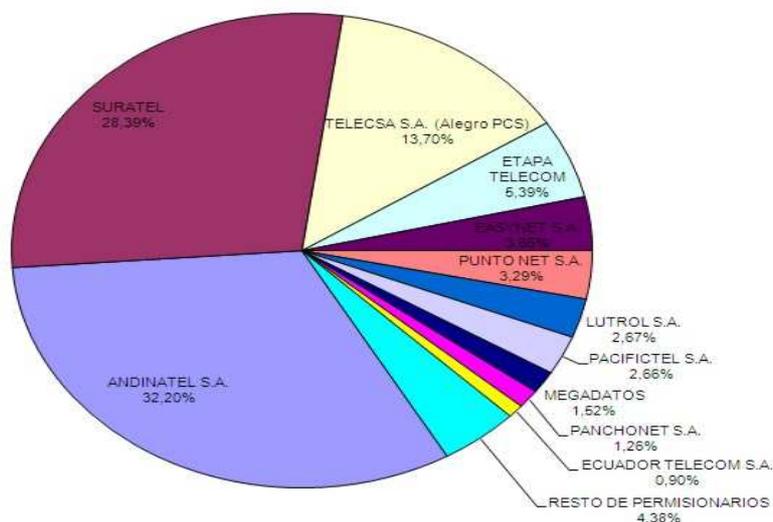
Millones de ecuatorianos utilizamos la Internet a diario, a pesar de algunas zonas deprimidas que no tienen acceso a éste, no obstante, las cuentas de Internet se multiplican a diario por la trascendencia del SVA, dinamizando el mercado de gran forma, conforme lo muestra el siguiente gráfico:

---

<sup>63</sup> A. G. Valdiviezo Black: Servicios de Valor Agregado, presentación PDF, disponible en: [www.conatel.gov.ec](http://www.conatel.gov.ec), consultado el 23 de Enero de 2009, p.6.

## GRÁFICO No.4<sup>64</sup>

CUENTAS DE INTERNET POR PERMISIONARIO EN PORCENTAJE - DICIEMBRE 2008



Como se puede apreciar, la empresa estatal CNT, tiene una participación importante del 35% de cuentas, mientras que SURATEL S.A. del GRUPO TVCABLE, ocupa un segundo lugar con el 29% de cuentas. Se puede evidenciar que las otras compañías ostentan un menor número de cuentas, con lo cual se puede apreciar a breves rasgos como está repartido el mercado.

Lo interesante en el SVA, es su aplicación estricta de las normas de régimen de competencia en cuanto a la entrada al mercado los proveedores. Existe una fiel observancia a la igualdad ante la ley, no se distingue pues el tamaño del prestador del servicio para establecer el costo del título habilitante. El artículo 27 del Reglamento para la Prestación de Servicios de Valor Agregado dice claramente que todo permisionario del SVA tendrá que pagar a la SENATEL por derechos de permiso el valor que el CONATEL determine.

De esta forma, mediante Resolución 072-03-CONATEL-2002, el órgano regulador fijó el valor de \$USD 500 para la prestación de SVA, es decir, sin importar el tamaño del proveedor o del segmento del mercado con el que cuente, todos los

<sup>64</sup> [www.supertel.gov.ec](http://www.supertel.gov.ec)

prestadores tendrán que pagar una misma suma de dinero. Así, bien sea la CNT o algún operador pequeño como PANCHONET, ambos indistintamente, sin discriminaciones ni consideraciones que aludan a sus condiciones económicas, pagarán los mismo el momento de la renovación de sus permisos.

### **2.3.3 Servicio Portador**

Si bien el ejemplo del SVA es apropiado, podemos encontrar otros ejemplos que demuestran la correcta aplicación del principio al trato no discriminatorio en materia de telecomunicaciones, en situaciones no menos importantes a la estudiada en el presente trabajo.

Es de comentar por tal, el caso de los Servicios Portadores, los cuales constituyen una actividad económica muy importante en materia de telecomunicaciones en razón de los ingresos que generan y por su impacto en la sociedad de la información. Los Servicios Portadores son aquellos que proporcionan la capacidad necesaria para la transmisión de señales entre puntos de terminación de red definidos<sup>65</sup>, con lo cual prestan la función de transportar datos a gran escala entre distintos enlaces de redes determinadas, siendo en muchos de los casos una suerte de mayoristas que proveen de capacidad a los prestadores de SVA.

Como se dijo antes, los ingresos que perciben los concesionarios del servicio portador son de suma importancia, y el dato que nos permite verificar tal circunstancia, son las cifras de recaudación del FODETEL. De todos los servicios de telecomunicaciones que están sometidos a la recaudación del 1% trimestral de sus ingresos facturados y percibidos, los portadores son quienes ocupan el primer lugar en aportación, por encima incluso de la telefonía fija<sup>66</sup>.

Teniendo en cuenta su trascendencia, observaremos que el acceso al mercado de los servicios portadores no cuenta con trabas por parte de la regulación sentada por el CONATEL. Se prevé el trato igualitario en todos los aspectos, incluidos los derechos de concesión pues la valoración de éstos ha sido determinada en USD \$250.000 por la Resolución 402-16-CONATEL-2001 para toda aquella persona natural

---

<sup>65</sup> Artículo 8 Ley Espacial de Telecomunicaciones Reformada.

<sup>66</sup> Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones 2007-2012, p. 17.

o jurídica que pretenda ingresar al referido mercado, sin distinción de capacidad económica ni proyección de ganancias en relación al resto de competidores ya instaurados en el mercado.

Y no solo eso, si se revisan cualquiera de los casos en particular en el referido servicio, por ejemplo el Contrato Ratificatorio, Modificatorio, Ampliatorio y Codificadorio al Contrato de Concesión para la Prestación de Servicios Portadores de Telecomunicaciones otorgado por la SENATEL a SURATEL S.A. el 19 de abril de 2002, encontraremos como mediante cláusulas contenidas en el contrato se establece la obligación de los órganos del sector a conferir tratamiento igualitario. La Cláusula Décimo Octava del Contrato especificado, es muy importante en su contenido y por tal resulta prudente citarla textualmente:

*Cláusula Décimo Octava: Tratamiento Igualitario.- la Secretaría y el Concesionario convienen en que el régimen de este contrato en sus aspectos técnicos y económicos se sustenta en el marco regulatorio vigente en el país a la fecha de la firma de este contrato en consecuencia, las partes convienen en que el tratamiento que otorgue la secretaría a través de las resoluciones del Consejo Nacional de Telecomunicaciones, al Concesionario no será discriminatorio en relación con el tratamiento que reciban otros concesionarios de servicios portadores en la República del Ecuador si de hecho se otorgare en el futuro a otros concesionarios un tratamiento más ventajoso sobre los derechos de concesión, (...) este tendrá derecho para que se le extienda dicho tratamiento, siempre y cuando se trate de condiciones similares.*

Lo que la estipulación citada manifiesta, es que en razón o consecuencia del marco jurídico instaurado en el país, el mismo que contiene ciertas normas de derecho de competencia que son de inexcusable cumplimiento para los órganos del sector, el concesionario tendrá derecho a recibir un trato igualitario por parte de la SENATEL cuando se trate de concesionarios en similares condiciones, ni siquiera iguales, con lo cual se cubren aspectos como la valoración de los derechos de concesión y otras obligaciones y derechos que puedan ser determinados por medio de Resoluciones del CONATEL.

La Cláusula transcrita goza de estrecha relación con el artículo 22 del Reglamento para la Prestación de Servicios Portadores<sup>67</sup>, el cual reconoce dos formas de fijar los derechos de concesión para dicho servicio, por medio de proceso público competitivo o por fijación directa del CONATEL, y concluye el artículo en que

---

<sup>67</sup> Resolución 388-14-CONATEL-2001

cuando se configuren condiciones equivalentes, los derechos de concesión se fijaran en concordancia con el trato igualitario a todos los operadores.

De todas maneras, lo que debemos resaltar en la cláusula transcrita, es que su origen está en el marco jurídico existente, de suerte que, el reconocimiento que se hace a la regulación en materia de competencia dentro del ámbito de telecomunicaciones es lo que soporta la obligación que tienen los órganos de las telecomunicaciones de conferir trato igualitario y no discriminatorio a los concesionarios.

Revisados los enunciados y reglas más importantes en el régimen de competencia, posteriormente se examinará la conducta del CONATEL en la valoración de los derechos de concesión del SMA a favor de CONECCEL S.A. y OTECEL S.A.

## **CAPÍTULO III**

### **ILEGALIDAD EN LA VALORACIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCESIÓN**

#### **3.1 Valoración de la concesión del SMA.**

Con la entrada al mercado del SMA en el año 2002, el STMC parecía casi obsoleto dado que el primero es un servicio de mucho mayor alcance en sus prestaciones, al punto que se lo podría considerar la evolución del STMC.

Para apreciar mejor sus sustanciales diferencias veremos que, en el artículo 3 del Reglamento para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado, se lo considera a éste como un servicio final de telecomunicaciones que permite transmitir, emitir y receptor información de cualquier naturaleza, entre éstas signos, señales, escritos, imágenes, voz, datos, sonidos, etc. El SMA por sus amplias capacidades supera indiscutiblemente lo que era objeto del STMC según el artículo 3 del Reglamento del Servicio de Telefonía Móvil Celular aprobado mediante Resolución 107-23-CONATEL-1996, el cual decía que el STMC era el servicio de telefonía móvil automático, abierto a la correspondencia pública que se presta a través de un sistema móvil celular de radiocomunicación, con capacidad de conectarse a las redes públicas de telecomunicaciones. Es apreciable que el STMC fundamentalmente permitía el tráfico de voz y no de cualquier tipo de información.

Con la entrada en vigencia de este nuevo paradigma en los servicios de telecomunicaciones en el Ecuador, la intención de CONECEL S.A. y OTECEL S.A. era la de homologar sus títulos habilitantes a la normativa del SMA una vez que se dé por vencido el contrato de concesión de STMC. Esto replanteó el escenario de las negociaciones con los órganos del sector desde el primer momento en virtud de que no trataría de una renovación del contrato de concesión como hubiese sido lo tradicional, sino que se trataría de una nueva concesión con objeto distinto al de los contratos de 1993.

La Cláusula Vigésima Tercera de los contratos de STMC estipulaban que las operadoras debían iniciar la negociación de las respectivas renovaciones a partir del años 10 de concesión, esto es, desde el 2003. En realidad nada de esto se dio, justamente por el cambio de objeto de la concesión se necesitaron fijar nuevos parámetros para llevar a cabo la negociación, entre ellos, un estudio de valoración de mercado. Dicho esto, fue recién en el 2006 que el CONATEL ya pronunció las primeras resoluciones competentes a la concesión del SMA a CONECEL S.A. y OTECEL S.A., con lo cual se llamó a licitación pública para la elaboración de un estudio de mercado y se encargó además la elaboración de un modelo de contrato de concesión para las dos operadoras.

Del estudio de mercado, la consultora LATIN PACIFIC determinó la valoración de las concesiones en aproximadamente 60 millones de dólares por igual<sup>68</sup> en base a consideraciones lógicas entre las cuales figuraban, el cambio del objeto de la concesión, esto daba lugar a un escenario de entrada al mercado y de acceso a recursos escasos; la valoración de TELECSA S.A. en el 2002 que fue de 30 millones de dólares, entre otras consideraciones; y obviamente sin dejar de lado, la puntuación de riesgo país del Ecuador, un factor que no deja de afectar a las inversiones dentro del territorio.

Sobre el modelo de contrato de concesión, se elaboró uno que estaba destinado a ser aplicado por igual a las dos operadoras, y que contenía cláusulas muy preocupadas por el régimen de competencia, por ejemplo la Cláusula Vigésima Novena de dicho

---

<sup>68</sup> EL COMERCIO: *“La concesión a las operadoras móviles subió por tres razones”*, 14 de febrero de 2008, disponible en [www.elcomercio.com](http://www.elcomercio.com), consultado el 8 de Diciembre de 2008.

modelo estipulaba que las operadoras recibirían trato igualitario respecto de toda decisión que adopten la SENATEL o el CONATEL respecto de beneficios a otras operadoras del SMA.

En el 2007, una vez instaladas las autoridades designadas por el presidente actual de la República del Ecuador, se retomó el procedimiento de concesión del SMA a favor de PORTA y MOVISTAR. Lo primero en que se ocupó la nueva administración fue en deshacer todo lo actuado por las anteriores administraciones respecto a la concesión del SMA a las dos operadoras. El CONATEL mediante Resolución 661-33-CONATEL-2007, resolvió el encargo total a la SENATEL en la negociación de los contratos de SMA, y en cuanto a la fijación de los derechos de concesión, éstos serían fijados por el CONATEL y serían de adhesión obligatoria, es decir, no serían objeto de negociación.

La política del nuevo régimen desde un principio ya insinuaba que CONECEL S.A. y OTECEL S.A. no se someterían a procedimientos de negociación relativamente fáciles de llevar.

Con esto, el CONATEL el 14 de enero de 2008, contrató con la compañía GUROVICH Y ASOCIADOS S.A. (en adelante GUROVICH), la realización de un análisis y diagnóstico de la situación actual del procedimiento de negociación de los contratos de concesión de SMA y una propuesta estratégica para la continuación de dicho procedimiento<sup>69</sup>. El 2 de abril ya fue aprobado por el CONATEL mediante Resolución 198-05-CONATEL-2008 el modelo matemático presentado por GUROVICH, el cual consistió de una serie de variables que aplicadas a cada caso, daban lugar al cálculo los derechos de concesión que tendrían que pagar cada una de las operadoras.

Es entonces a partir de éste momento en que se configura el examen al derecho de igualdad ante la ley y a la discriminación sancionada por el régimen de competencia. El modelo matemático parecería haber distinguido a dos operadoras que venían operando en igualdad de condiciones desde el año cero de sus concesiones. Más allá cualquier diferencia que exista en el mercado entre CONECEL S.A. y OTECEL S.A.,

---

<sup>69</sup> Resolución 198-05-CONATEL-2008 de 2 de abril de 2008.

las dos debían verse como iguales ante la ley, sin importar sus cualidades o debilidades, sobre todo si las concesiones versaban sobre un mismo objeto y cláusulas idénticas.

Los resultados que salieron a la luz de la aplicación del modelo matemático siguieron la línea de una diferenciación, se había distinguido la posición de PORTA respecto a la de MOVISTAR toda vez que a una se le asignó un valor de concesión mucho mayor. Según el informe de GUROVICH, el mercado de SMA ecuatoriano fue valorado en 789 millones de dólares, con una variación del 13% que permitía llegar hasta los 686 millones de dólares<sup>70</sup>, de los cuales CONECEL S.A. atendiendo su condición en el mercado, debía pagar al menos 480 millones de dólares a presente de valor fijo y OTECEL S.A. la suma de 206 millones de dólares también a valor fijo presente<sup>71</sup>.

Según declaraciones de prensa, el Presidente del CONATEL ha dicho que el modelo matemático tomó en cuenta factores como ganancias de cada una, inversiones realizadas, costos de operación, sanciones, valor de frecuencias<sup>72</sup>, etc. En declaraciones en diario El Comercio, el también Secretario Nacional de Telecomunicaciones, manifestó que un elemento determinante para la distinción en los valores de derechos de concesión de SMA fueron las utilidades percibidas por las dos operadoras en el 2007, año en el cual CONECEL S.A. reportó ganancias por 264 millones de dólares mientras que OTECEL S.A. por 60 millones de dólares y que por esto las operadoras debían pagar concesiones acordes a dichas cifras pues tienen que retribuir al Estado las ganancias<sup>73</sup>. El criterio citado, sería a mi opinión improcedente, desde el punto de vista jurídico y del régimen de competencia toda vez que, la potestad de imperio tributaria sobre las ganancias se manifiesta en el impuesto a la renta anual que todas las personas que generan rentas deben pagar, de manera que, si CONECEL S.A. pagó 51 millones de dólares por impuesto a la renta causado en el 2007 y OTECEL S.A. 7 millones de dólares, ambas operadoras ya retribuyeron al Estado ecuatoriano por sus ingresos, por

---

<sup>70</sup> EXPRESO: “*Concesiones móviles, las cifras reservadas*”, 14 de Septiembre de 2008, disponible en [www.ecuadorinmediato.com/noticias/87357](http://www.ecuadorinmediato.com/noticias/87357), consultado el 10 de enero de 2009.

<sup>71</sup> INFODESARROLLO: “*Gobierno renueva concesión a Porta por un valor de 480 millones*”, 26 de agosto de 2008, disponible en [www.infodesarrollo.com.ec/noticias](http://www.infodesarrollo.com.ec/noticias), consultado el 10 de enero de 2009.

<sup>72</sup> *Ibíd.*

<sup>73</sup> EL COMERCIO: “*La concesión a las operadoras móviles subió por tres razones*”, 14 de febrero de 2008, disponible en [www.elcomercio.com](http://www.elcomercio.com), consultado el 8 de Diciembre de 2008.

lo que, cobrar dentro de los derechos de concesión las ganancias percibidas a éstas personas estaría afectando doblemente sus utilidades. .

Teniendo en cuenta el escenario, OTECEL S.A. efectuó la oferta de 206 millones dólares a la SENATEL, la misma que fue de inmediato aceptada por el CONATEL y se autorizó la firma del contrato de concesión<sup>74</sup>. En cuanto a CONECEL S.A., ésta realizó una serie de ofertas, siendo la última de 307 millones de dólares, es decir, 100 millones más que la aceptada a MOVISTAR, sin embargo no fue aceptada, y la reacción del aquel entonces representante de PORTA fue obvia, manifestando que, el modelo de valoración de GUROVICH era ilegal e inequitativo por asignar precios distintos a concesiones idénticas, y que a pesar de que la oferta realizada fue mucho a mayor a la de MOVISTAR, ésta fue rechazada<sup>75</sup>.

Es así como el CONATEL mediante Resolución 237-07-CONATEL-2008 de 29 de abril de 2008, resolvió rechazar la oferta realizada por CONECEL S.A. por no ser conveniente a los intereses del Estado y declaró por terminada la negociación con dicha compañía. Con esto, PORTA en la única forma que podía ampararse para seguir operando en el país en cuanto a la telefonía móvil, era ofreciendo la suma requerida por el CONATEL

Si la oferta de 307 millones de CONECEL S.A. no resultó conveniente para los intereses del Estado, entonces nos nace la interrogante de cómo el precio acordado con MOVISTAR de 206 millones de dólares sí lo fue, es decir, si el Estado consideró que 307 millones dólares era poco para sus legítimos intereses, menos aún debían ser los 206 millones ofrecidos por la otra operadora.

Consecuentemente, CONECEL S.A. prácticamente tuvo que considerar la cifra de 480 millones de dólares, con lo cual, se hicieron nuevos acercamientos entre delegados directos de AMÉRICA MÓVIL con el Presidente Rafael Correa, en los cuales no fue aceptada ninguna postura más que la del pago de 480 millones de dólares conforme lo habría dictaminado el modelo matemático. En dicho momento, PORTA para continuar operando en el país, ofreció la suma requerida por el CONATEL, de modo que, el procedimiento de concesión fue reinstaurado hasta la emisión de la

---

<sup>74</sup> Resolución 291-10-CONATEL-2008 de 30 de mayo de 2008.

<sup>75</sup> LA HORA: "Porta seguirá en negocio telefónico en el país", 5 de mayo de 2008, disponible en [www.lahora.com.ec](http://www.lahora.com.ec), consultado el 3 de Enero de 2009.

Resolución 355-17-CONATEL-2008 de 14 de agosto de 2008 en que se autorizó la firma del contrato de concesión de SMA a favor de CONECEL S.A., mientras que por medio de Resolución 486-21-CONATEL-2008 de 17 de octubre de 2008, fue autorizada la firma a la SENATEL del contrato con OTECEL S.A.

Como se mencionó anteriormente, los contratos son de contenido idéntico, a excepción de la cláusula de derechos de concesión, y finalmente fueron suscritos el 26 de agosto de 2008 ante el Notario Octavo interino del Cantón Quito y el 20 de noviembre de 2008 ante el Notario Trigésimo Noveno del Cantón Quito los Contratos de Concesión de SMA de CONECEL S.A. y OTECEL S.A. respectivamente.

### **3.1.1 Naturaleza de la prestación**

En la valoración de los derechos de concesión de SMA de CONECEL S.A. y OTECEL S.A. lo que se debe definir en primer lugar es la naturaleza de la prestación para poder analizar posteriormente la existencia de una eventual ilegalidad conforme al régimen jurídico aplicable.

Nos encontramos así ante un procedimiento de adjudicación directa de un servicio final de telecomunicaciones según nuestra legislación en el artículo 3 del Reglamento para Otorgar Concesiones de los Servicios de Telecomunicaciones. Dicho procedimiento no respondió en estricto sentido a los artículos 15 y 16 del Reglamento recién mencionado, con lo que, no se pudo verificar si hubieron otros interesados para llamar a un proceso público competitivo de ofertas conforme lo manifiesta el numeral 1 del artículo 4 del Reglamento referido, aspecto que es criticable en cuanto a la validez del procedimiento en sí, pero que no es objeto de la presente investigación; no obstante, se fijaron ciertas directrices del procedimiento que básicamente respondía a una negociación de la cual se derivaría un contrato administrativo de concesión en base a un precio negociado en teoría entre el órgano estatal y el operador.

Entonces, vemos que los derechos de concesión responden a la naturaleza de un canon, tal como lo dice Dromi, se trata de un precio que se define como la prestación pecuniaria de carácter contractual y conmutativa de origen voluntario y no de una imposición legal<sup>76</sup>, y se encuentra muy distante del ámbito tributario de las tasas

---

<sup>76</sup> DROMI, ROBERTO: *Derecho Administrativo*, 10ma Ed., Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004, p. 638.

o impuestos, dado que éstos responden estrictamente a la vinculación al Derecho público.

El origen contractual al que nos remite el autor sobre el canon de concesión, supone un acuerdo de voluntades en el que las partes libremente pueden negociar conforme a su conveniencia. Empero, el Estado no deja de actuar en una dicotomía pública y privada, o sea, si bien tiene libertad para negociar y fijar un precio por la concesión, debe responder a muchos parámetros legales que por el principio de legalidad, no pueden dejar de ser observados, por lo tanto, se configura la discrecionalidad del órganos estatal, en la que parecería tener libertad pero en realidad existe un escenario de legalidad por detrás.

En el caso de estudio, el CONATEL tenía en efecto la discrecionalidad para la valoración de los derechos de concesión de CONECEL S.A. y OTECEL S.A., tal como lo dicen los literales q) y p) del artículo 88 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada; para motivar su criterio recurrió a un modelo matemático, lo cual en principio supuso una acertada decisión, pero al parecer, la facultad discrecional de libertad<sup>77</sup> del órgano regulador observó dentro de dicho modelo, parámetros no apropiados como la capacidad económica, el número de usuarios, los costos de producción, sanciones, entre otras.

### **3.1.2 Tercio de Comparación**

Se tiene que vislumbrar ahora en donde radica el tercio de comparación y en qué momento podría ser que se configuró la ilegalidad en la valoración de los derechos de concesión. Durante la negociación, CONECEL S.A. y OTECEL S.A. se presentaron como el tercio de comparación del uno frente al otro, esto quiere decir que, el CONATEL y la SENATEL en todo momento tomaron como referencia al uno del otro para la valoración de los derechos de concesión.

Fueron tercios de comparación recíprocos justamente por ser operadoras de un mismo servicio en el mercado ecuatoriano, que desde el inicio de sus actividades fueron vistas de igual manera por los órganos del sector, por competir dentro de un

---

<sup>77</sup> ACOSTA ROMERO, MIGUEL: *Teoría General del Derecho Administrativo. Primer Curso*, 13ra Ed., Editorial Porrúa, México, 1997.

mismo segmento, esto es, la telefonía móvil, y además porque ostentaban iguales concesiones en el ámbito geográfico y en la capacidad de espectro.

En el ámbito puramente económico, posiblemente CONECEL S.A. goza de una mejor posición de mercado que OTECEL S.A., pero como ya hemos explicado, esto no bastaría para ejercer una diferenciación, pues la noción de mercado imperfecto no lo permite, además la igualdad se ha reiterado en este trabajo a través de doctrina y jurisprudencia, es un concepto relativo, no es procedente imaginar una igualdad exacta, siempre se cuenta con una margen obvio y racional de diferenciación, el mismo que nunca puede ser susceptible para la provocación de discriminación.

Hay que aclarar también, que la aplicación de un mismo modelo matemático para el cálculo de los derechos de concesión de cada una de las operadoras, no constituye de ninguna forma una discriminación, más bien, es en efecto un trato igualitario, sin embargo, el problema podría yacer dentro del modelo matemático y las variables y parámetros que contenía, las cuales no afirmamos eran inadecuadas, pero parecerían haber sido porque, fomentaron una diferenciación no justificable de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico.

Hablando de manera hipotética, debido a la aplicación del modelo matemático de GUROVICH es que la voluntad del órgano se habría visto viciada pues sitúa a una compañía en desventaja respecto a otra cuando el mandato legal es claro, debía conferirse trato igualitario y no discriminatorio. En este sentido, el modelo podría constituir una errónea motivación del órgano estatal en la valoración de los derechos de concesión de SMA de CONECEL S.A. y OTECEL S.A., al cual se lo vería de ser el caso, como un inapropiado hecho determinante<sup>78</sup> en la actividad discrecional del CONATEL, sujeto por supuesto del respectivo control.

## **3.2 Ilegalidad**

Sin poder aseverar efectivamente una conclusión firme sobre la valoración de los derechos de concesión de SMA, a continuación nos permitimos argumentar, cómo

---

<sup>78</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: La Lucha Contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo, 3ra. Ed., Civitas, Madrid, 1983.

podría ser que la valoración sufriría de ilegalidad, cerrando así la puerta para considerar este criterio hipotético como un juicio de valor anticipado e infundado.

Como ya se explicó en el Capítulo I, el marco institucional de las telecomunicaciones en el Ecuador está concebido tripartitamente en órgano regulador, entidad ejecutiva y ente de control, con la intención de realizar una gestión mejores resultados pues la idea principal es la desconcentración de funciones. Parecería que en la valoración de los derechos de concesión del SMA a favor de OTECEL S.A. y CONECEL S.A., la formula no dio resultado, cuando el CONATEL aprobó un modelo matemático que por sus resultados en torno a la valoración, causó una diferenciación por lo que, éste no podía haber servido de motivación para la discrecionalidad de dicho órgano en la negociación del valor de los derechos de concesión. De esta manera, a OTECEL S.A. el modelo le adjudicó, sin proponer que haya existido mala fe por ninguna de las partes, un valor de concesión muy inferior al determinado a PORTA, aún cuando el objeto de la concesión era idéntico, y por tal debían encontrar los mismos valores de concesión según el mandato del artículo 69 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada.

Lo que parecería una ilegalidad en la valoración de los derechos de concesión por el SMA de CONECEL S.A. y OTECEL S.A., radicaría entonces en algunas contradicciones al ordenamiento jurídico interno. Primordialmente, el derecho a la igualdad ante la ley del artículo 23 numeral 3 de la Constitución vigente durante la negociación de los contratos, además habría inobservancia del principio al trato no discriminatorio del artículo 3 literal a) de la Decisión 608 de la CAN y de los artículos 10 y 12 de la Decisión 462 de la CAN; sobre el mismo principio en la legislación local, se habrían afectado las disposiciones contenidas en el artículo 18 literal c) del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada. Con un respectivo estudio de fondo sobre el modelo matemático podría ser que además se hizo caso omiso por parte del CONATEL al artículo 5 del Reglamento para Otorgar Concesiones de los Servicios de Telecomunicaciones<sup>79</sup>, en el cual se dispone que los

---

<sup>79</sup> Resolución 469-19-CONATEL-2001 publicada en el Registro Oficial No. 480 de 24 de diciembre de 2001.

procedimientos para el otorgamiento de concesiones se llevaran a cabo con objetividad y en igualdad de condiciones y oportunidades en relación a todos los participantes.

El Estado ecuatoriano habría realizado un enfoque equivocado del objetivo de la defensa de la competencia al pretender discriminar positivamente a OTECEL S.A. frente a su tercio de comparación CONECEL S.A., siendo que la primera, no encaja dentro de las definiciones de grupos vulnerables en el sentido de que ejerce una real y plena competencia en el mercado, a diferencia de TELECSA S.A. la cual sí se encuentra en situación de desventaja frente a las dos operadoras móviles grandes.

No sería de considerar por lo tanto que el Estado ecuatoriano hizo un uso apropiado de su facultad correctora al elevar en más del doble el valor de los derechos de concesión de CONECEL S.A. frente al de OTECEL S.A. La condición necesaria para obrar de esa forma hubiese sido que PORTA haya sido declarada con anterioridad al procedimiento de negociación como operador dominante por parte del CONATEL según el artículo 27 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones, algo que no sucedió.

Si en efecto el modelo matemático propuso una imposición discriminatoria a CONECEL S.A., tendremos que tanto el mercado como el Estado, los usuarios y las operadoras, estarían perjudicadas en razón de que la política adoptada, constituiría un precedente negativo al mercado de telefonía móvil por tergiversar con este precedente su flujo natural desde 1993, contrariando toda lógica del régimen de competencia.

En contratación pública se habla de ofertas inconvenientes, las mismas que una vez rechazadas por el Estado no dan lugar a ningún tipo de indemnización<sup>80</sup>. En este caso, no sería justificable además que el CONATEL haya considerado inconveniente para los intereses del Estado ecuatoriano la oferta de CONECEL S.A. de 306 millones de dólares y que la de OTECEL S.A. menor en 100 millones de dólares si haya sido de conveniencia. El artículo 12 de la Decisión 462 de la CAN como se señaló en el capítulo anterior, manda a los Estados a denegar la autorización de títulos habilitantes solo por aquellos motivos previstos en la ley, y no según las apreciaciones arbitrarias de los Estados que hagan referencia a sus intereses. A lo que queremos llegar es que, en virtud del derecho de igualdad, en todo caso la oferta de OTECEL S.A. también

---

<sup>80</sup> J.C. CASSAGNE: *El contrato administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 60.

tendría que haber sido inconveniente para el Estado ecuatoriano, pero aún así fue aceptada por una aparente errónea motivación en el modelo matemático de GUROVICH que habría sentado la discriminación en el precio de las dos concesiones que son por demás exactas. En este punto, Dromi opina que basta con que el solicitante satisfaga los requerimientos legales ante el ente público para que éste le conceda la licencia<sup>81</sup>, la cual debería responder a un mismo costo para todos los operadores del mismo servicio.

Se configuró también otro principio importante propuesto por Jaime Santofimio relacionado a la escogencia objetiva en el manejo de asuntos públicos, el cual pretende erradicar toda arbitrariedad, subjetivismo, sobre costos y otras conductas similares<sup>82</sup>. El CONATEL habría realizado un ejercicio de discriminación en contra de CONECEL S.A. por razones subjetivas aparentando fijar parámetros objetivos por medio de un modelo matemático que al menos en las variables someramente aquí analizadas, ostentaría un alejamiento del citado principio de escogencia objetiva, pues estaría castigando al operador por tener un número de usuarios mayor o tener más ganancias.

Lo que el Estado ha hecho es medir el éxito que cada uno de los operadores tuvo de acuerdo a la gestión empresarial durante la concesión de STMC, servicio que de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico es ajeno al SMA por responder cada uno a su respectiva reglamentación, con lo cual parecería que se configuró un castigo con un precio más alto de concesión a la operadora que mejor logró invertir sus recursos en pro del mercado y que mejor posicionamiento había logrado.

De lo que nos fue posible conocer, una de las variables dentro del modelo matemático sería tan subjetiva que, incluso no se refiere a las rentas de todos los años de concesión, sino al ejercicio fiscal que más ganancias representó para la operadora CONECEL S.A., esto es, el año 2007. La cuestión en este particular, es por qué no se hizo un recuento del historial de las rentas, y por qué el modelo habría previsto únicamente el ejercicio fiscal del año 2007 en que PORTA tuvo mejores rentas que MOVISTAR.

---

<sup>81</sup> R. DROMI: *Derecho Telefónico*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 422.

<sup>82</sup> J. SANTOFIMIO: *Delitos de celebración indebida de contratos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 59.

El precio de la concesión de SMA debió haber sido igual, tal como sucede en el caso de Servicios Portadores, o como se dio en la valoración de la adjudicación del espectro radioeléctrico en la Resolución 496-21-CONATEL-2006 de 8 de septiembre de 2006, actuaciones éstas que sí estuvieron al principio pro competencia, a diferencia del procedimiento de valoración aquí cuestionado.

### **3.3 Posibles acciones legales**

Teniendo en cuenta un hipotético escenario de ilegalidad, a continuación se platearan dos salidas legales que conforman el catálogo de soluciones que podrían plantearse en este caso.

Primero que todo cabe reconocer cuál es el acto administrativo que contiene la ilegalidad. A mí criterio se trataría de la Resolución del CONATEL 355-17-CONATEL-2008 de 14 de agosto de 2008 por medio de la cual se resolvió aprobar los derechos de concesión por 480 millones de dólares a valor presente para la empresa CONECEL S.A. según la oferta a la que ésta se vio obligada a hacer. La mencionada Resolución, materializaría y exteriorizaría la voluntad del CONATEL, la que tendría como consecuencia en sus efectos, la inobservancia de los principios y disposiciones correspondientes al régimen de competencia analizadas a lo largo del presente trabajo, estos son, el trato igualitario y no discriminatorio.

La evidencia de lo que podría ser la conducta discriminatoria y por ende ilegal, radicaría por su parte en la Resolución 291-10-CONATEL-2008 de 30 de mayo de 2008 en la que consta la aprobación de los derechos de concesión del tercio de comparación, OTECEL S.A., que son notoriamente menores a los de PORTA sin embargo de que se trata de operadores en régimen de competencia y de concesiones exactas.

La ilegalidad en dicha resolución como acto administrativo, tendría su morada en la errónea motivación. Esto se explicaría en torno al modelo matemático, el cual sí habría tenido procedencia como método de reglar la discrecionalidad, mas por su contenido, parecería haber constituido la discriminación que habría servido de base para la actuación ilegal del CONATEL, y formaría por lo tanto el presupuesto fáctico

inaceptable que conduce al evidente error de derecho de la discrecionalidad excesiva del ente regulador.

### **3.3.1 Recurso extraordinario de revisión**

Hechas las consideraciones del caso, un recurso extraordinario de revisión conforme lo provee el Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva (en adelante ERJAFE). Su procedencia se encuentra en el artículo 178 del mencionado Estatuto, precisamente en el literal a) que señala que, aquellas resoluciones firmes son susceptibles de recurso cuando hubieren sido dictadas con evidente error de hecho y de derecho que consten en los documentos del expediente.

El recurso se platearía ante el mismo ente que lo expidió por ser éste la máxima autoridad, es decir, el CONATEL, en el plazo de tres años desde la entrada en vigencia del acto, con lo cual se podría solicitar la revocación de los derechos de concesión aprobados en la Resolución impugnada a fin de que se confiera trato igualitario al rezo de los derechos de concesión aprobados a OTECEL S.A., lo cual daría lugar por supuesto al respectivo adendum en el Contrato de Concesión de CONECEL S.A.

En cuanto a como debería argumentarse, los fundamentos de hecho tienen que hacer énfasis en el recuento de la igualdad que desde un inicio han sido sometidas las dos operadoras, para luego en la fundamentación jurídica, alegar que ha habido error de derecho, no de hecho, en las variables que serían inapropiadas en el modelo matemático, lo cual llevó a que la motivación sea insuficiente y errónea en el acto administrativo. No se podrá decir que se trata de error de hecho en virtud de que, los datos que habrían sido consignados al modelo matemático, si son ajustados a la realidad, pero esos antecedentes, no tienen la pertinencia que se exige, con los preceptos jurídicos aplicables al caso, tales como la no discriminación y el trato igualitario.

Asumiendo que parte de las variables del modelo hayan efectivamente sido las enunciadas a lo largo del presente trabajo, la argumentación se encaminaría de la siguiente manera. En relación a la capacidad económica, los criterios de progresividad y proporcionalidad, que son más propios del ámbito tributario, no tendrían cabida por tratarse de un régimen de competencia que, en el marco de las telecomunicaciones

como servicio de orden público, conducen a una preponderancia del derecho de igualdad ante la ley, por tratarse de un mercado específico y sensible; para soportar este punto, habría que remitirse a las disposiciones legales ampliamente tratadas en el Capítulo II. Si la posición del Estado sería que, la concesión de PORTA debía obedecer a un precio mayor porque se le está otorgando un mercado más amplio con mayor proporción de utilidades, argumentaríamos además que, la concesión de dichos estándares obedece a la misma gestión del concesionario y es algo que previamente ya le representó un costo al operador y que, por lo tanto, el Estado no debería asumir erróneamente una recuperación de una inversión ajena.

Con respecto al número de usuarios o participación en el mercado, se debería aclarar que dicha situación no constituye de por sí una ventaja, y se debe demostrar que los usuarios no son sinónimo de poder de mercado ni de posición de dominio toda vez que, es el Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones el que trae los presupuestos para que un operador pueda ser considerado con tal característica. En concordancia con el punto anterior, se debería demostrar con un historial de rentas, que la sugerida capacidad económica y acaparamiento del mercado, no serían una muestra cierta de poder de mercado que pueda conducir a una diferenciación.

Luego podríamos centrarnos en otra de las extraoficialmente conocidas variables, como es el costo de producción de cada una de las operadoras. En este particular, propondríamos que si en efecto CONECEL S.A. ha abaratado sus costos, y por esto ha ganado una ventaja comercial sobre MOVISTAR, dicha circunstancia obedecería estrictamente a la acertada gestión empresarial de PORTA, la cual respondería a las inversiones realizadas, a los proveedores contratados, entre otros factores. No sería justo ni conforme a derecho, que por una ventaja ganada limpiamente dentro de un régimen de competencia por uno de los competidores, el Estado se haya guiado para imponer una carga más onerosa respecto del otro operador que tal vez ostenta costos de operación mayores.

De ser el caso que, las sanciones a lo largo de las concesiones también ejercieron la función de parámetro dentro del modelo, también debería ser un punto a desvirtuar. Existiría error de derecho con esta variable, en razón de que, éstas obedecen a un régimen propio, es decir, son ventiladas de conformidad con el procedimiento de

juzgamiento de la Ley Especial de Telecomunicaciones y además pueden ser impugnadas en la vía contencioso administrativa, hasta finalizar el proceso, en el cual se determina si la sanción es procedente o no, y de ser el caso, el operador tendría que pagar en ese momento la multa prevista en la misma Ley. Por tanto, las sanciones que a lo largo de las concesiones han tenido lugar, no tendrían que haber formado parte de las variables, el hecho de haber sido multado más o menos veces, compete a la SUPERTEL como órgano de control y si de hecho se hubieran efectuado las infracciones, con el pago de la multa por parte del operador, la sanción ya estaría ventilada como acto en firme o cosa juzgada respectivamente.

Lo interesante sobre el recurso en mención es que con su eventual negativa, abre las puertas a un recurso subjetivo de plena jurisdicción de dicha decisión en la que se niega el recurso y por lo tanto se podría trasladar al ámbito judicial la impugnación, reclamando por medio de éste, más allá de la reforma del contrato de concesión, la indemnización a que haya lugar. Cabe recordar que no es posible entablar un recurso subjetivo en relación a la Resolución 355-17-CONATEL-2008 de 14 de agosto de 2008 toda vez que los 90 días concedidos por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ya han transcurrido desde la notificación del acto.

No está por demás decir que un recurso objetivo todavía puede ser propuesto en sede judicial sin agotar la vía administrativa pero aquí se entra a la discusión en cuanto a la procedencia no únicamente frente a actos normativos; de todas formas, no resultaría de mayor conveniencia por la demora en los dictámenes de los Tribunales Contenciosos.

### **3.3.2 Acción de Protección**

De conformidad con el nuevo estilo garantista de la Constitución de la República actual, en este caso se prevería como la garantía más apropiada, el ejercicio de una acción de protección dentro de todas las garantías constitucionales halladas a lo largo de la Carta Magna, las que encuentran a primera vista, ubicadas en el Título III Capítulo 3 de la norma antes referida.

Esta acción viene a ser la reemplazante de la antigua acción de amparo, o también conocido como amparo constitucional. Su viabilidad y procedencia en el

presente caso, moran en el artículo 88 de la Constitución, el cual prevé algunos presupuestos para que tenga lugar esta acción.

En vista de que ésta tiene por objeto el amparo de los derechos constitucionales, podría interponerse siempre que se configure una violación de dicho tipo de derechos, como lo sería en el presente caso, la igualdad ante la ley, y tenemos a demás que el acto debe provenir de una autoridad pública no judicial, tal como lo es el Presidente del CONATEL.

Según el numeral 3 del artículo 86 de la Constitución el juez mediante sentencia, puede determinar la reparación de la vulneración de los derechos a través de conductas de dar, hacer o no hacer, por lo tanto la acción recomendada debería tener como pretensión, la declaración de inconstitucionalidad de la Resolución que fija los derechos de concesión de CONECEL S.A. y que se proceda a la enmienda del contrato de concesión.

Habría que tener cuidado sin embargo, de las exigencias previstas en el artículo 50 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición<sup>83</sup>, según el cual, en el literal a), no debe tratarse de un asunto de mera legalidad para que exista procedencia de la acción. En este sentido, la acción versaría fundamentalmente sobre la afectación del derecho a la igualdad ante la ley, sumado a esto los respectivos enfoques legales.

También demanda el mismo artículo de las Reglas en mención que, si existe vía administrativa para ejercer la defensa, tampoco tendría cabida la garantía constitucional; sobre esto, nos merecería aclarar que, en medida de que el recurso extraordinario de revisión no pueda ser propuesto en virtud del transcurso del tiempo, la acción de protección sí tendría cabida, pues la vía administrativa aún se encuentra cerrada.

Desde luego de los escenarios planteados, por lo menos en el caso del recurso de revisión, se habla de una situación bastante compleja, porque en todo caso, la administración pública en la actualidad está alineada bajo la misma política, y debería

---

<sup>83</sup> Suplemento Registro Oficial No. 466 13 de noviembre de 2008.

ser que el régimen político del país sea sustituido por otro para que dicho recurso sea viable, panorama que parece imposible hoy en día.

Con esto queda abierta la puerta del recurso extraordinario de revisión y de la acción de protección que confieren plazos extensos y comprensibles, justamente para evitar las situaciones en las que exista flagrancia absoluta en la aplicación de derechos y principios que conforma nuestro ordenamiento jurídico.

## CONCLUSIONES

El régimen de competencia en el sector de las telecomunicaciones del Ecuador hemos visto, ha tenido y tiene todavía sus bemoles, desde su primer quiebre en 1993 con la entrada de la telefonía móvil y en el año 2000 con la inclusión de disposiciones de libre competencia en la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada. La época oscura del régimen de exclusividad afortunadamente no tiene la presencia que antes ostentaba, aunque todavía la CNT ejerce la actividad en el nicho de mercado heredado de su ascendiente EMETEL.

En cuanto a la telefonía móvil, sorprendentemente desde sus inicios hasta el inicio de las concesiones de SMA en el 2008, gozó de respeto al régimen de competencia. Por eso el mercado goza de la configuración actual, en el cual los que mejor han sabido administrar sus recursos han logrado obtener una mejor posición, tales son los casos de CONECEL S.A. y OTECEL S.A., recalcando que la primera en mayor medida que la otra.

Pero lo curioso es que no se puede hablar con firmeza de un operador dominante en el mercado de telefonía móvil, los ingresos generados durante los años de concesión son relativamente parejos, la inversión realizada es también similar en cifras, la diferencia es que unos han sabido optar por mejores decisiones empresariales.

Solo al mencionado motivo se explica cómo PORTA posee el 70% de los usuarios, lo que no tiene nada que ver con una eventual posición dominante o abuso de ésta.

Conforme se ha dicho, la situación de las dos operadoras en aras del régimen de competencia es de igualdad ante la ley, a pesar de la mayor o menor condición de favorabilidad que ostente una de la otra en el mercado, y si es que deberíamos establecer la vulnerabilidad en algún actor del mercado de la telefonía móvil, sería a favor de TELECSA S.A., pero no en consideración de OTECEL S.A.

Es cierto que el Ecuador no tenía una ley de competencia en práctica, y a pesar de ello la telefonía móvil se ha desarrollado en condiciones armónicas de competencia, pero la salvaguarda como mencionamos en su debido momento en este particular, viene de la mano de la CAN por medio de la Decisión 608 y por la Decisión 462, las que incorporan interesantes disposiciones en materia de equidad y trato igualitario, que en efecto también han sido recogidas en distintos reglamentos y resoluciones en el sector de las telecomunicaciones emitidos por el CONATEL. Lo que sí es de advertir es que la Ley Especial de Telecomunicaciones apenas prevé una disposición respecto al régimen de competencia, por lo cual es innegable la laguna legal que en competencia existe en el Ecuador al menos en el ámbito de las telecomunicaciones.

Se logró evidenciar también la majestad del derecho a la igualdad ante la ley, como norma fundamental de cumplimiento inexcusable por parte de las administraciones públicas. También quedó demostrado como la discriminación positiva se restringe a ciertos casos muy concretos y que por lo tanto en este caso el CONATEL no tendría que haber visto a OTECEL S.A. como un agente susceptible de afectación.

Igual de oportuno fue también haber traído al caso las actuaciones de la administración pública local en situaciones análogas en las que impera el régimen de competencia. Tal como sucede en las concesiones de Servicio Portador, interconexión y SVA, el precio de la concesión se debe fijar en función de una retribución al Estado por permitir prestar un servicio determinado, sin necesidad de observar parámetros subjetivos y discriminatorios como parecería haber efectuado el modelo matemático aplicado por el CONATEL.

Sobre dicha actuación se analizó también la negociación en sí de los contratos de concesión de SMA, desde como se desestimó lo actuado por la administración anterior que tenía listo ya un modelo de contrato y ya había elaborado también un estudio de mercado, y como sucesivamente se elaboró otro estudio de mercado que valoró al mercado de la telefonía móvil sin ninguna relación al estudio previo, causando por ende una incongruencia que también es susceptible de cuestión.

Entonces la hipótesis planteada al inicio responde a una situación jurídica que para efectos de este estudio es hipotética, en la cual deducimos un exceso en la discrecionalidad del CONATEL al dejar de observar normas de la legislación de telecomunicaciones, debido a la aplicación de un modelo matemático para el cálculo de los derechos de concesión de SMA, el cual contendría erróneos parámetros que no podían haber constituido un hecho determinante en la voluntad forjadora del precio entre el concedente y el concesionario, justamente por ser discriminadora frente al tercio de comparación y por tal, ilegal e inconstitucional ante nuestro ordenamiento jurídico.

Las recomendaciones por supuesto están encaminadas al planteamiento de al menos dos soluciones bien identificadas. En primer lugar, en sede administrativa, un recurso extraordinario de revisión basado en error de derecho en la valoración de los derechos de concesión, el mismo que puede ser planteado a partir del tercer año de vigente el acto administrativo en el cual se aprobaron los derechos de concesión de CONECEL S.A. La otra opción, se remite a una garantía constitucional como es la acción de protección, en la cual identificamos ya su pertinencia de acuerdo a los presupuestos demandados por la constitución. En los dos casos, lo que se buscaría es la enmienda del contrato de concesión actual de CONECEL S.A. fijando los mismos derechos que los de OTECEL S.A. en virtud del derecho a la igualdad ante la ley constitucional y al principio de trato igualitario imperante en el derecho de las telecomunicaciones.

## BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, MIGUEL: *Teoría General del Derecho Administrativo. Primer Curso*, 13ra Ed., Editorial Porrúa, México, 1997.

ALMONACID SIERRA, JUAN: *Derecho de la Competencia*, Legis, Bogotá, 1998.

ÁLVAREZ, JOSÉ MANUEL: *La O.M.C. comentarios jurídicos para Colombia*, Universidad Externado Colombia, Bogotá, 1998.

ARAUJO BOYD, MARCOS: “El derecho de la competencia y las telecomunicaciones”, en JAVIER CREMADES (Coordinador). *Derecho de Telecomunicaciones*, Graficas Muriel S.A, Madrid, 1997.

CARRIÓN GORDÓN, HUGO: *Regulación e inversión en telecomunicaciones. Estudio para el caso Ecuador*, IMAGINAR.org, Centro de Investigación de la Sociedad de la Información, Quito, 2007.

CARRIÓN ROBALINO, HUGO: Telefonía Móvil Celular. A propósito de de la renovación de los Contratos de Telefonía Móvil Celular (STMC), Revista Siden, p.9, disponible en [www.imaginar.org/docs/A\\_celulares.pdf](http://www.imaginar.org/docs/A_celulares.pdf).

CASSAGNE, JUAN CARLOS: “Los nuevos entes regulatorios”, en Alberto Sánchez (Coordinador), *El derecho público actual*, Depalma, Buenos Aires, 1994.

CASSAGNE, JUAN CARLOS: *El contrato administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

CASSAGNE, JUAN CARLOS: *Estudios de derecho público*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2005.

CASTILLO, ANDRÉS: *El derecho de competencia en el Ecuador*, Tesis para la obtención del título de Licenciado en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2008.

CERVIO, GUILLERMO: *Derecho de las Telecomunicaciones*, Abaco de Rodolfo Depalma Editoriales, Buenos Aires, 1996.

CONATEL: *Reseña Histórica Día Nacional de las Telecomunicaciones*, disponible en [www.conatel.gov.ec/site\\_conatel/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=1385&Itemid=](http://www.conatel.gov.ec/site_conatel/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=1385&Itemid=)

DÁVILA VILLAVICENCIO, IBETH: *Diagnóstico de la libre competencia en el sector de telecomunicaciones en el Ecuador. Perspectivas y posibles acciones para su real aplicación en el país*, Tesis para la obtención de Ingeniera en la Escuela Politécnica Nacional, Quito, 2008, p. 138, disponible en <http://hdl.handle.net/123456789/1047>.

DROMI, ROBERTO: *Derecho Administrativo*, 10ma Ed., Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004.

DROMI, ROBERTO: *Derecho Telefónico*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.

DROMI, ROBERTO: *Las ecuaciones de los contratos públicos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001.

EL COMERCIO: “*Por fin telefonía celular*”, 28 de Agosto de 1993, disponible en [www.elcomercio.com](http://www.elcomercio.com)

EL COMERCIO: “*La concesión a las operadoras móviles subió por tres razones*”, 14 de febrero de 2008, disponible en [www.elcomercio.com](http://www.elcomercio.com)

EXPRESO: “*Concesiones móviles, las cifras reservadas*”, 14 de Septiembre de 2008, disponible en [www.ecuadorinmediato.com/noticias/87357](http://www.ecuadorinmediato.com/noticias/87357)

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: *La Lucha Contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*, 3ra. Ed., Civitas, Madrid, 1983.

GARCÍA MENÉNDEZ, SEBASTIÁN: *Competencia Desleal*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

GIMENO, JOSÉ MARÍA: *El Control de la Contratación Pública*, Civitas S.A., Madrid, 1995.

GONZÁLEZ LÓPEZ, EDGAR: “Las telecomunicaciones y el derecho administrativo”, en CENTRO DE ESTUDIOS EN DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES, *Lecciones en Materia de Telecomunicaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

GOZAÍNI, OSVALDO: *La justicia constitucional. Garantías, proceso y tribunal constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1994.

LA HORA: “Porta seguirá en negocio telefónico en el país”, 5 de mayo de 2008, disponible en [www.lahora.com.ec](http://www.lahora.com.ec)

LA JORNADA: “Historias afortunadas, 7 millones por ahora, ganancia de los bancos. Investigación en Ecuador”, 14 de Septiembre de 2007, disponible en [www.jornada.unam.mx/2007/09/14/index.php?section=economia&article=030o1eco](http://www.jornada.unam.mx/2007/09/14/index.php?section=economia&article=030o1eco), consultado el 15 de diciembre de 2008.

LEGUIZAMÓN ACOSTA, WILLIAM: *Derecho Constitucional Económico*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2000.

MARIENHOFF, MIGUEL: *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III-B*, 4ta Ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

MARTÍNEZ DE VEDIA, Rodolfo: *La organización en la regulación de servicios públicos*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003.

MARTÍNEZ MEDRANO, GABRIEL: *Control de los monopolios y defensa de la Competencia*, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2002.

MONTAÑA PLATA, ALBERTO: *El concepto de servicios públicos en el derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, 2da Ed. Bogotá, 2005.

RAMOS, EDGAR Y ERIC NEIRA: *Diagnostico del sector telefónico ecuatoriano*, serie de apuntes de economía No. 41, Dirección General de Estudios Banco Central Ecuador, Quito, 2004, p. 20, disponible en [www.bce.fin.ec/documentos/PublicacionesNotas/Catalogo/Apuntes/ae41.pdf](http://www.bce.fin.ec/documentos/PublicacionesNotas/Catalogo/Apuntes/ae41.pdf).

SANTOFIMIO, JAIME: *Delitos de celebración indebida de contratos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

SCHITER Y PORTO: *Telecomunicaciones. Marco regulatorio*, El Derecho, Buenos Aires, 2002

SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES: “Estadísticas. Telefonía Móvil y acceso a la Internet”, en SUPERTEL, *Revista Institucional No. 2*, Noviembre de 2008, Ecuador.

VALDIVIEZO BLACK, ANA: *Servicios de Valor Agregado*, presentación PDF, disponible en [www.conatel.gov.ec](http://www.conatel.gov.ec), consultado el 23 de Enero de 2009.

VERDUGO, MARIO, EMILIO PFEFFER Y HUMBERTO NOGUEIRA: *Derecho Constitucional Tomo I*, Editorial Juridica de Chile, Santiago, 1994.