

**LA EFICACIA DE LA NORMATIVA CORRECTIVA DE FALLOS DE  
MERCADO: EL CASO DEL ARTÍCULO 34 DE LA LEY ORGÁNICA DE  
TELECOMUNICACIONES<sup>1</sup>**

**THE EFFECTIVENESS OF THE CORRECTIVE REGULATION OF MARKET  
FAILURES: THE CASE OF ARTICLE 34 OF THE ECUADORIAN  
TELECOMMUNICATIONS LAW**

María Victoria Vergara Caicedo<sup>2</sup>  
mvvergara@estud.usfq.edu.ec

**RESUMEN**

Este trabajo de investigación analiza la política pública en materia de competencia a través de la regulación *ex ante* de los mercados que conforman el sector de telecomunicaciones, específicamente el pago por concentración de mercado establecido en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Este trabajo analiza los supuestos teóricos y argumentos que justifican su existencia. A través de la revisión de resultados empíricos se determina su eficacia o no como política pública de competencia.

**ABSTRACT**

This research work analyzes the public policy in competition through *ex ante* regulation of the markets that make up the telecommunications sector, specifically the payment for market concentration established in the article 34 of the Organic Telecommunications Law. This work analyzes the theoretical assumptions and political arguments that justify the existence of this policy and the results of its implementation. Through the review of empirical results, its efficacy or not as a public competition policy is determined.

**PALABRAS CLAVE**

Política Pública; Regulación en Telecomunicaciones; Política de Competencia; Impuestos Pigouvianos; Derecho de Competencia.

**KEYWORDS**

Public Policy; Regulation in Telecommunications; Competition Policy; Pigouvian Taxes; Competition Law.

Fecha de lectura: XX de XXX del 2020

Fecha de publicación: XX de XXX del 2020

**SUMARIO:**

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Mario Andrés Navarrete Serrano.  
<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

INTRODUCCIÓN.- 1. FUNDAMENTO DOCTRINARIO PARA LA REGULACIÓN Y SU IMPACTO COMPETITIVO.- 1.1. CASOS ANÁLOGOS DE IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS EX ANTE EN DERECHO DE COMPETENCIA PARA TELECOMUNICACIONES.- 1.2. ESTADOS UNIDOS: DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CONTRA LA AMERICAN TELEPHONE AND TELEGRAPH CORPORATION (AT&T).- 1.2.1. COLOMBIA: APLICACIÓN DEL DECRETO 2194 DE 2017.- 1.2.2. NUEVA ZELANDA Y AUSTRALIA: COMPETENCIA POR INFRAESTRUCTURA.- 1.2.3. LOS OBJETIVOS DE LA POLÍTICA PÚBLICA EN COMPETENCIA PARA EL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES EN EL ECUADOR: ANÁLISIS NORMATIVO.- 2. LOS EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL PAGO POR CONCENTRACIÓN DE MERCADO.- 3. LA ENTRADA DE OTROS OPERADORES ECONÓMICOS.- 3.1. MITIGACIÓN DEL RIESGO DE SALIDA DE OTROS COMPETIDORES.- 3.2. UNA ALTA PARTICIPACIÓN EN EL MERCADO NO IMPLICA DOMINANCIA.- 3.3. EVOLUCIÓN DE SMA DESDE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LOT.- 3.4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.- 4.

## 1. INTRODUCCIÓN:

*“A lawyer who has not studied economics and sociology, is very apt to become the public enemy”*

*L. Brandeis*<sup>3</sup>.

En la célebre frase de Louis Brandeis se evidencia la importancia de considerar el impacto económico-comercial de la regulación como un elemento primordial en el orden público. La normativa, desde una perspectiva económica, tiene por objeto garantizar o maximizar el bienestar de los ciudadanos. Toda vez que la abogacía es la profesión que estudia e influye con mayor profundidad en la estructura y finalidad de la política pública de un Estado, la responsabilidad de cuidar los intereses de la ciudadanía sin generar más perjuicios de los que ya existen es fundamental.

La política pública se define como “las diferentes acciones por las cuales el gobierno enfoca esfuerzos a un problema público”<sup>4</sup>. Estas acciones pueden ser implementadas a través de varios mecanismos a disposición del Estado, entre los cuales se encuentra la regulación en diversas materias. Visto así, la política pública de competencia es especialmente importante, porque la competencia, como mecanismo

---

<sup>3</sup> Louis Brandeis, "Living Law," Illinois Law Review 10, no. 7 (1915-1916), 461-471.

<sup>4</sup> Luis Antonio Velsco San Pedro. Regulación Económica y Competencia, *Acta Universitatis Lucian Blaga* 212, no. 2 (2012) 167.

eficiente para asignar recursos, resulta fundamental en la organización económica transversal y en el crecimiento de un Estado.

En su obra Boyer y Saillard indican que existen tres niveles de regulación como mecanismos de implementación de una política pública: sobre modelos de producción, conexiones entre modelos de producción y sobre los patrones económicos y sociales. Para abordar estos tres niveles la política pública se vale de dos tipos de herramientas: *ex ante* y *ex post*<sup>5</sup>; la regulación tiende a ser la típica forma de intervención *ex ante* con un carácter naturalmente preventivo y que busca impedir la creación de circunstancias que faciliten el cometimiento de actos anticompetitivos o prevenga la formación de estructuras de mercado que arrojen equilibrios subóptimos. Sin embargo, el Estado debe ser cuidadoso y balancear los objetivos que pretende implementar mediante una regulación y los efectos prácticos que esa regulación puede producir. Después de todo, tanto como los fallos de mercado, los fallos de regulación también pueden afectar la competencia y su potencial de asignación eficiente de recursos.<sup>6</sup>

Dada la importancia y las características técnicas de las telecomunicaciones, este mercado tiene alta relevancia en materia de competencia. Como se mostrará adelante, éste presenta altos costos hundidos, economías de escala, economías de alcance, servicios y productos de consumo masivo, así como una participación importante en la estimación del bienestar de los miembros de la sociedad. Por estas características particulares, la política pública en materia de competencia es necesaria para procurar la eficiente distribución de los recursos y así, la eficiencia del servicio. Por ello, los Estados incorporan en su administración medidas pro competitivas que prevengan fallos que reduzcan el bienestar de la población.

Tal es el caso de países, como Estados Unidos donde se encuentra ejemplificativamente un caso de regulación *ex ante* del mercado de telecomunicaciones a través de jurisprudencia; en Colombia, se presenta en forma de decretos regulatorios, o Nueva Zelanda, por medio de ejecución presupuestaria, como se verá más adelante.

---

<sup>5</sup> Ver, Robert Boyer y Yves Saillard, “A summary of regulation theory”, en *Regulation Theory: The state of the art* ed de R. Boyer and Y. Saillard (London & New York: Routledge, Taylor and Francis Group) 36–44.

<sup>6</sup> Ver, Nagaj, Ragaj y Brigita Žuromskaitė, “*ex post* regulation as a method of the public policy in the regulated sector”. *Public Policy and Administration*, (2015), 545.

El Ecuador no es un caso aislado. En su legislación se incorporó a las telecomunicaciones como sector estratégico a través del artículo 313 de la Constitución de 2008<sup>7</sup>. Lo que obligó al Estado a modificar la regulación que había existido antes de la entrada en vigencia de la Constitución. Es en este proceso en el que surge la política pública que se analiza en este trabajo.

Dentro de este marco, se ha implementado en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones LOT el pago por concentración de mercados como política regulatoria *ex ante*. Este artículo establece que aquellas empresas de telecomunicaciones que ostenten una cuota de mercado superior al treinta por ciento deberán realizar un pago progresivo en función de la porción de mercado sobre sus ingresos anuales totales a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (en adelante ARCOTEL).

En el caso del artículo 34 de la LOT, si bien se plantea como una medida pro competitiva, sus efectos no contribuyen completamente con este fin, en contraste con los casos análogos presentados. Entre las principales observaciones que contradicen los efectos beneficiosos del pago por concentración, se encuentra que el artículo en mención no ha sido justificado por la necesidad de fomentar más competidores en el sector de las telecomunicaciones, la necesidad de mitigar el riesgo de salida del mercado de operadores con cuotas menores, y que una alta participación de mercado no es determinante para que se dé un abuso de poder de mercado, sino que además puede desincentivar la inversión en algunos productos a perjuicio de los consumidores. En este trabajo se explicará el propósito inicial de la política regulatoria como un impuesto pigouviano y se revisarán si los efectos coinciden o no con los objetivos planteados.

### **1.1. Fundamento doctrinario para la regulación y su impacto competitivo**

Los Estados toman acciones que consideran adecuadas para cumplir con sus fines democráticos y políticos. Entre estos medios se encuentra la regulación que, de forma

---

<sup>7</sup> Ver, Artículo 313, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449 del 20 de octubre de 2008.

<sup>8</sup> Artículo 34. Ley Orgánica de Telecomunicaciones. R.O Tercer Suplemento No. 439 del 18 de febrero de 2015.reformada por última vez mediante el Suplemento No. 111 de 31 de diciembre de 2019.

general, es el uso de herramientas para la obtención de objetivos económico-sociales deseables que un estado se plantee<sup>9</sup>. En este sentido, la política pública en materia de competencia a través de la regulación no solo analiza el funcionamiento interno de una actividad, sino que busca “la manera más eficaz y eficiente de introducir competencia, como mecanismo de maximización del bienestar social”<sup>10</sup>. En atención a estos fines, se justifica la intervención del Estado en materia de competencia por dos motivos principales: problemas de eficiencia y problemas de equidad. Los primeros hacen referencia a fallos de mercado que fuerzan decisiones subóptimas en términos de bienestar, y la segunda se refiere a un problema de distribución de recursos<sup>11</sup>.

Una vez que se han definido las necesidades de regulación de un sector en particular, Tassano Velaocha ha dicho que las actividades sujetas a los fines de regulación en competencia deben ocurrir únicamente si es que los mercados poseen las siguientes características: existencia de importantes costos hundidos<sup>12</sup>, economías de escala<sup>13</sup> y alcance<sup>14</sup>, el consumo masivo de los bienes y servicios provistos en estos mercados, así como largos periodos de recuperación de inversiones<sup>15</sup> <sup>16</sup>. El reconocimiento de estas características permitirá identificar la naturaleza del mercado que se busca regular y determinar el tipo de política que aplica según las necesidades del mismo, siendo el sector de las telecomunicaciones el que presenta mercados caracterizados con todo lo antes mencionado. Además de las particularidades señaladas, hay que reconocer la calidad de servicio público que ostentan las telecomunicaciones, lo que justifica en su regulación la estructura de subsidios cruzados. Es decir, que el regulador puede tomar la decisión de extraer recursos de un operador económico y asignárselos a otro con el propósito de garantizar la provisión del servicio a sectores poco atractivos en un entorno de competencia perfecta. Por lo que en una estructura ideal de

---

<sup>9</sup>Ver, Johan den Hertog, “General Theories of Regulation” *Economic Institute CLAV* (1999); 223.

<sup>10</sup> Omar Chisari, *Tópicos de Economía de la Regulación de los Servicios Públicos*, (Buenos Aires: Ediciones UADE, (2011), 5.

<sup>11</sup> Ver, Camilo Ernesto Ossa Bocanegra, “Políticas Públicas de fomento a la Competencia”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-UPB 112* (2015), 106.

<sup>12</sup> Costos no recuperables necesarios para una determinada actividad productiva.

<sup>13</sup> Procesos productivos que requieren una infraestructura mínima para funcionar.

<sup>14</sup> Las economías de alcance es menos costoso que producirlos separadamente.

<sup>15</sup> Ver, Herbert Eduardo Tassano Velaocha, “Competencia y Regulación”, *Derecho- Pontificia Universidad Católica del Perú* (2016), 110.

<sup>16</sup> Las definiciones de cada característica fueron tomadas del Glosario de Términos para la Economía Industrial y la Competencia elaborado por la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo.

política pública este objetivo se lograría a través de tarifas o de impuestos pigouvianos que logren esta asignación de recursos<sup>17</sup>.

En este sentido, Germán Coloma define que existen dos tipos de política pública en derecho de competencia: política de comportamiento y la política estructural<sup>18</sup>. La política de comportamiento sanciona acciones pasadas y presentes realizadas por algún agente económico en violación a una norma expresa, y es conocida como política *ex post* (que es la clásica intervención de carácter público mediante una ley que otorga potestades sancionatorias). Por otro lado, la política estructural tiene por objeto realizar medidas que influyan sobre el número, condiciones competitivas y tipo de operadores económicos en un mercado, también conocida como política *ex ante*.

En el caso de estudio de este trabajo, el pago por concentración de mercado se presenta como una medida de política estructural o *ex ante* en el sector de las telecomunicaciones, estableciendo un cargo económico para los operadores presuntivamente dominantes o con un poder de mercado significativo. En última instancia se busca internalizar las externalidades propias del poder de mercado y la dominancia se produzcan<sup>19</sup> y propender a una estructura que permita una competencia efectiva.

El poder de mercado y la dominancia, en especial, permiten que un operador económico eleve precios (o reduzca calidad) a niveles supra competitivos de forma rentable, en perjuicio no solo de sus consumidores, sino de la sociedad<sup>20</sup>.

La política establecida en el artículo 34 de la LOT se estructura como impuesto pigouviano, pretende internalizar la externalidad<sup>21</sup>. La teoría indica que los impuestos pigouvianos son “cargos iguales al daño generado por una parte a terceros”<sup>22</sup>. Para su implementación, esta figura tiene que identificar el daño generado por la distorsión, y trasladar lo cuantificado al operador económico responsable de este distanciamiento de

---

<sup>17</sup> Ver, Omar Chisari, *Tópicos de Economía de la Regulación de los Servicios Públicos*, (Buenos Aires: Ediciones UADE, (2011), 19-24.

<sup>18</sup> Ver, Coloma, Germán. *Defensa de la Competencia*, 2da edición. Buenos Aires. Editorial de Ciencia y Cultura. 2009

<sup>19</sup> Se entiende como externalidad al costo o un beneficio que afecta a un operador distinto al que la causó. Las externalidades pueden tener carácter positivo o negativo, para efectos de este estudio, se enfatizará en el carácter negativo de las externalidades.

<sup>20</sup> Ver, Rafael Alves de Almeida, “Market Dominance in the New Economy”. *Revista Direito*. Vol 2. (2006), 89.

<sup>21</sup> La internalización de externalidades corresponde a la corrección al mercado a través de la retribución del daño causado a quien lo provocó.

<sup>22</sup> Jonathan S. Masur y Eric Posner, “Toward a Pigouvian State”, *University of Pennsylvania Law Review* 164 (2015), 95.

la competencia perfecta<sup>23</sup>, ya que en caso de que este no sea exactamente proporcional, sus efectos resultarían en un daño injustificado al operador económico que de igual manera impactará negativamente en el mercado que se buscaba corregir. Una mala cuantificación de la externalidad puede devenir en desinversión y faltas en la provisión del bien o servicio en cuestión<sup>24</sup>. Sin embargo, se debe reconocer que identificar la totalidad del impacto de la externalidad es costoso y tiene información dispersa por lo que su cálculo no siempre será posible por parte del regulador, pero aun así, es imprescindible definir el costo adicional generado a cada actor dada la externalidad,<sup>25</sup>

Entonces, el pago hace más costoso para los operadores económicos ostentar cuotas de mercado que podrían considerarse socialmente indeseables<sup>26</sup>, incentivando así una modificación en la estructura de los mercados relacionados al sector de las telecomunicaciones. Para ello, debe probarse, por parte del regulador, que existe un daño real o potencial al interés general provocado directamente por el operador al que se le impone el pago y este deberá responder a la pérdida de bienestar que presentaron sus competidores así como el sufrido por los consumidores.

## **1.2. Casos análogos de implementación de políticas *ex ante* en Derecho de Competencia para Telecomunicaciones**

La regulación *ex ante* en materia de competencia en el sector de telecomunicaciones es una realidad que ha tenido resultados diversos alrededor del mundo. Internacionalmente ya se han desarrollado decisiones de autoridad competente que tienen por objeto regular el mercado de telecomunicaciones con implicaciones para los incentivos competitivos a través de diferentes herramientas. Para mostrar ejemplos de los diferentes resultados de regulación *ex ante* en competencia en el mercado de telecomunicaciones se presenta la decisión jurisprudencial con respecto a la escisión de

---

<sup>23</sup> *Id.*, 96.

<sup>24</sup> Ver, Otilio Reyes Blanco y Oslun Rains Franflin, “Teoría del Bienestar y el Óptimo de Paerto como problemas microeconómicos”, *Revista Electrónica de Investigación en Ciencias Económicas* (2014), 217.

<sup>25</sup> Ver, Thomas Lambert. “*How to Regulate: A Guide for Policymakers*” (Cambridge: Cambridge University Press. Kindle Edition, 2017), 43.

<sup>26</sup> Más adelante se tratará la relación entre cuotas de mercado altas y los riesgos de dominancia.

AT&T en los Estados Unidos, la aplicación del Decreto 2194 de 2017 en Colombia y finalmente el caso de competencia por infraestructura en Nueva Zelanda y Australia.

### **1.2.1. Estados Unidos: Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América contra la American Telephone and Telegraph Corporation (AT&T)**

Tal es el caso de la desintegración del monopolio legal de AT &T en los Estados Unidos<sup>27</sup> como producto de la acción iniciada por el Departamento de Justicia en contra de la compañía. AT&T. El operador económico inició como un monopolio natural en telecomunicaciones, siendo el único operador económico con capacidad de ofrecer el servicio de telefonía a larga distancia en los Estados Unidos. Sin embargo, en el último tercio del siglo veinte la Comisión Federal de Telecomunicaciones inicia un proceso judicial para dismantelar la estructura “Bell System” o sistema de llamadas de larga distancia propiedad de AT&T y permitir el ingreso de nuevos operadores.

Tras años de litigio se obligó al operador económico a vender algunas de sus filiales por el hecho de contar con una posición de dominio. La medida se justificó en prevenir prácticas restrictivas de mercado en ejercicio de dominancia. Tras la venta de las filiales AT&T conservó en cierta medida su posición de liderazgo, pero se abrió paso a ocho nuevos operadores económicos que competirían por calidad de servicio con AT&T<sup>28</sup>.

En los años siguientes se crearon las empresas denominadas Baby Bells, que se desarrollaron en territorios más pequeños (pocos estados) y adquirieron la calidad de proveedor monopolista en sus localidades, como lo muestra el caso Trinko en el año 2004, acusada de imponer cargos excesivos de acceso y presentando la permanencia del fallo de mercado a pesar de la medida *ex ante* aplicada<sup>29</sup>. En este caso, si bien esta política abrió la oportunidad de que nuevos proveedores de servicios puedan entrar al mercado, a través de la regulación *ex ante*, fue la política *ex post*- la que permitió controlar las acciones de los operadores que a pesar de la escisión, aún conservan cierta medida de

---

<sup>27</sup> Departamento de Justicia de Estados Unidos contra American Telephone and Telegraph [AT&T]. United States Department of Justice. Suplemento 131 Decisión emitida el 8 de enero de 1982.

<sup>28</sup> Gunnar Neils, Helen Jenkins, James Kavanagh.. *Economics for Competition Lawyers*. (Oxford: Oxford Publishing, 2016), 369.

<sup>29</sup> *Ver*, Verizon Communications Inc. Vs. Law Offices of Curtis V Trinko. LLP540. Department of Justice U.S 389. 2004.

dominancia. Por lo tanto, se determinó que no basta con establecer medidas *ex ante* que reestructuren el mercado, sino que se requiere un sistema *ex post* eficiente que permita modificar distorsiones conductuales en el sector de las telecomunicaciones.

### **1.2.3. Colombia: Aplicación del decreto No. 2194 de 2017**

Por otro lado, en Colombia, en el año 2017 se emitió el Decreto Único Reglamentario 2194<sup>30</sup> en el que se restringe a un tope la utilización del espectro por parte de las empresas de telecomunicaciones<sup>31</sup>. La restricción tenía por objeto limitar la participación de operadores económicos con requerimientos de espectro alto, para que operadores más pequeños pudieran ingresar al mercado en el espacio en el que los dominantes dejarían de proveer.

En este caso particular, de acuerdo con el informe técnico presentado por Colombia Movil S.A. (Tigo Colombia), no hubo nuevos operadores económicos en capacidad de suplir a cabalidad la brecha generada por la desinversión de los proveedores de servicios de telecomunicaciones con cuotas de mercado más grandes<sup>32</sup>.

Aun cuando las aseveraciones del operador son ciertas, el Ministerio de Telecomunicaciones de Colombia a través de su informe estadístico de suscriptores por operador de telefonía, muestra que efectivamente, no existe cambio significativo en la distribución de cuotas de mercado desde la implementación de la medida y que incluso se ha reducido el total de abonados en el mercado de telefonía móvil, hasta finales de 2019, pero eso podría cambiar por el ingreso de nuevos operadores<sup>33</sup>. En el siguiente gráfico se indica la distribución de las cuotas de mercado antes y después de la implementación del mencionado decreto. Sin embargo, aunque en una medida cercana al 0%, se puede apreciar que en los últimos dos años se incorporaron cuatro operadores

---

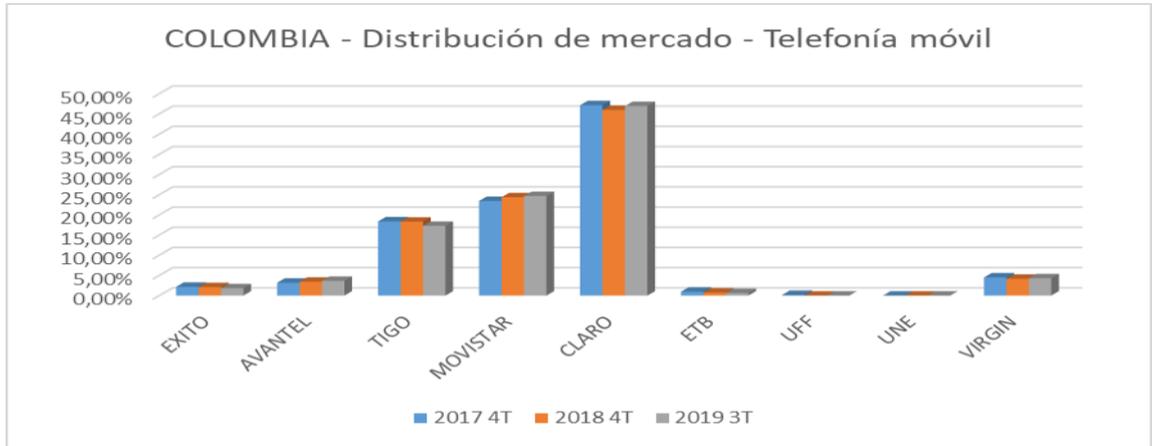
<sup>30</sup> Decreto Ejecutivo Reglamentario No. 2194. DIARIO OFICIAL. AÑO CLIII. N. 50458. 26 de diciembre 2017. 30.

<sup>31</sup> La política establece que a las empresas que ostentaran el mayor porcentaje de cuota de mercado, no se les dio acceso al espectro AWS y solo se les permitió acceder al espectro de 2500 Mhz, siendo la última más costosa para operar, ya que excede el tope asignado por la regulación.

<sup>32</sup> *Ver*, Comentarios generales al proyecto de resolución de implementación el decreto único reglamentario 2194 remitido por Colombia Movil S.A. 28 mayo de 2018. 26.

<sup>33</sup> *Ver*, Informe de suscriptores de banda ancha y otras conexiones por operador. Periodo de referencia: desde 2017 hasta 2019. Recuperado desde el portal de estadísticas del Mintic Colombia.

nuevos<sup>34</sup>. Los resultados pueden atribuirse a que el tiempo transcurrido desde la entrada en vigencia de la política es relativamente corto y por ello, todavía no existe certeza sobre el efectivo incremento de bienestar con la aplicación de esta política.



En el mediano plazo los efectos de esta medida generaron externalidades en el mercado de forma artificial, contrayendo aún más un mercado que por su naturaleza ya es concentrado<sup>35</sup>.

### 1.2.1. Nueva Zelanda y Australia: Competencia por Infraestructura.

Como caso exitoso de política pública en materia de competencia, el Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)<sup>36</sup> presenta las estrategias asumidas por los gobiernos de Australia y Nueva Zelanda, quienes han subsidiado íntegramente la infraestructura requerida para la implementación de redes de banda ancha en la totalidad del territorio de sus países. Cabe aclarar que esta infraestructura constituye, en ciertos casos, facilidades esenciales en telecomunicaciones, es decir, facilidades que

<sup>34</sup> Cuadro de distribución de mercado de telefonía móvil en Colombia. Elaboración propia. Fuente: Información estadística del Ministerio de TIC de Colombia. Participación de abonados a nivel nacional con corte a 2019 – 3T.

<sup>35</sup> Ver, Recurso jurídico-económico presentado por Colombia Movil S.A. con respecto a la implementación del decreto 2194 en Marzo 2014.

<sup>36</sup> Ver, Communications Outlook 2013, Informe anual, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico 2013. OCDE Publishing. 38-43.

pueden ser provistas por un número escaso de proveedores y que no pueden ser económica o técnicamente sustituidas para proveer un servicio<sup>37</sup>.

El propósito de esta política es que las empresas que operen el servicio no acaparen infraestructura en los diferentes mercados geográficos y también que operadores económicos más pequeños ingresen al mercado sin preocuparse por realizar grandes inversiones iniciales en instalaciones físicas. De acuerdo con el informe “*Global telecommunications study: navigating the road to 2020*”<sup>38</sup>, la cadena de valor del mercado de telecomunicaciones se divide en cinco eslabones principales: Infraestructura y plataformas, venta de dispositivos, operadores, proveedores de contenido OTT<sup>39</sup> y finalmente distribución y *retail*. En el caso de Nueva Zelanda y Australia, el gobierno tomó control del primer eslabón, el mismo que a pesar de requerir grandes inversiones en facilidades esenciales para la prestación del servicio, representa aproximadamente el 5% de los ingresos de toda la industria para que las operadoras, que representan el 55% de los ingresos, pasen a competir desde este punto con operadores de menor tamaño. Esto permite que en el largo plazo los operadores compitan por calidad de servicio, atención al cliente y buen diseño de servicios, obteniendo así resultados más cercanos al óptimo de competencia perfecta, previniendo desde la configuración del mercado posibles fallos a futuro.

Aun cuando se reconocen los beneficios de este modelo, hay que contemplar que no todos los gobiernos se encuentran en condiciones económicas de realizar las inversiones en infraestructura que este mercado requiere, y que precisamente ese es uno de los motivos de que operadores económicos privados intervengan en más etapas de la cadena de valor de este mercado, en otros países.

## **2. Los objetivos de la política pública en competencia para el sector de telecomunicaciones en el Ecuador: Análisis normativo.**

---

<sup>37</sup>Servicios de Telecomunicaciones, Documento de referencia, Foro Económico Mundial. 24 de abril de 1996, 7.

<sup>38</sup> “Global Telecommunications study: navigating the road to 2020”, Informe general, Ernst & Young. (2015). 13.

<sup>39</sup> Los prestadores de servicios de telecomunicaciones OTT o *over the top* son aquellos prestadores de servicios de audio y video que no requieren plataformas físicas para realizar esta actividad. Ver, Digital Transformation Initiative: Telecommunications Industry, Foro Económico Mundial, enero de 2017, 9.

La política pública en materia de competencia se puede presentar a través de varios mecanismos. La expedición de leyes es una de estas formas, como es el caso del pago por concentración de mercado. Para mejor comprensión de la finalidad de esta política, es necesario entender el contexto en el que fue creada. Por ello, amerita realizar un breve recorrido por los avances normativos que se han hecho con respecto a la política pública de libre competencia en telecomunicaciones que concluye en el artículo 34 de la LOT y normas de jerarquía inferior que permiten su aplicación.

En el Ecuador las primeras normas relacionadas a regulación de Competencia surgen con la Constitución de 1967<sup>40</sup>, que si bien no hace referencia expresa a la materia, ya prohíbe el abuso del poder económico en sus diferentes manifestaciones, lo que en este caso abarca solamente regulación de carácter *ex post*. Desde este punto, la normativa se especializa y se subdivide en materias y tendencias. Los primeros bosquejos de la normativa en el Ecuador establecen regímenes de libre competencia sin especificar mecanismos para su defensa. Inicialmente se aborda como un principio general de aplicación transversal en otras normas más que como un aspecto que merezca regulación y sanciones en caso de incumplimiento por actos específicos.

En telecomunicaciones la primera norma que buscaba la promoción de la competencia surge en el año 1994 con el Reglamento para la Explotación de Sistemas Satelitales elaborado por la Superintendencia de Telecomunicaciones. Este instrumento estableció una garantía para la “leal y libre competencia entre las operadoras autorizadas”<sup>41</sup>. Como respaldo para esta garantía se establece como mecanismo correctivo *ex ante* la potestad de la Superintendencia de exigir modificaciones a los contratos y convenios cuando se estime que perjudiquen a otros operadores. Este reglamento fue derogado en el año 1996.

Después, en el año 1998, se expide el Reglamento Orgánico Funcional de la Superintendencia de Telecomunicaciones<sup>42</sup>, que establece lineamientos de protección de la libre competencia y excluye la facultad de modificación contractual que se

---

<sup>40</sup> Artículo 89, Constitución Política del Estado Ecuatoriano, R.O. 133 de 25 de mayo de 1967.

<sup>41</sup> Artículo 49. Reglamento para la Explotación de Sistemas Satelitales. Registro Oficial No. 411 de 16 de mayo de 1994.

<sup>42</sup> Artículos 35-38. Reglamento Orgánico Funcional de la Superintendencia de Telecomunicaciones. R.O. No. 317 del 14 de mayo de 1998.

contemplaba en la norma del año 1994. Los principales lineamientos que presentaba esta norma consistían básicamente en el esquema de libre competencia determinado para las telecomunicaciones a pesar de la facultad de fijación de tarifas por parte del Estado en caso de que los precios vigentes no correspondan a los de un equilibrio de mercado, y se otorga al regulador la facultad de que en el esquema de contratación de cualquier tipo exista un régimen de libre competencia. Este es uno de los primeros casos de aplicación de políticas *ex ante* que obligan al regulador a tomar en cuenta daños potenciales en el sector de las telecomunicaciones. Este reglamento, que hasta la fecha se mantiene vigente, determina parámetros para la aplicación de tarifas a los servicios de telecomunicaciones, lo que previene la competencia por precios entre operadores económicos. Por ello, uno de los principales abusos de la dominancia queda descartado, aun cuando podrían tener impacto en otros aspectos.

La Comunidad Andina de Naciones emite la Decisión 426 “Normas que regulan el proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones”, la misma que fuera ratificada por el Ecuador en 1999. En esta Decisión se enumeran tres prácticas restrictivas de mercado de forma específica como normas *ex post*, y como normas *ex ante*, el artículo 28 ordena la creación de normas que “prevengan o corrijan distorsiones a la competencia”<sup>43</sup>. Aun cuando no se especifican las medidas *ex ante*, se dispone el diseño de normativa para la regulación del mercado tomando en cuenta sus características y fallos.

Posteriormente, en los años 2001, 2002, 2005 y 2007 se produjeron cambios menores a la normativa aplicable a competencia en telecomunicaciones que se redujeron a recopilaciones de principios de carácter general que ya se encontraban positivados. Estas actualizaciones son relevantes en la regulación del sector debido a su naturaleza de innovación constante como se aprecia en el Informe de Transformación Digital del Foro Económico Mundial<sup>44</sup>. De hecho, este sector es considerado como el mercado con crecimiento de mayor aceleración en el contexto de tecnología, lo que deriva en la necesidad estatal de promover la incorporación y adecuado crecimiento de nuevos operadores hasta llegar a su punto eficiente, pues cuando se da una innovación

---

<sup>43</sup> Ver, Decisión 426 de la Comunidad Andina de Naciones. “Normas que regulan el proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones”. RO 268. 2 de septiembre de 1999.

<sup>44</sup> Ver, Iniciativa de Transformación Digital, Foro Económico Mundial. 2017.16

tecnológica, el dueño de esta inicia su actividad como monopolista<sup>45</sup> y es función del regulador determinar si en el mercado en el que se genera esta innovación es eficiente que existan más operadores económicos o no.

Luego, la Constitución de 2008 en su artículo 313<sup>46</sup> define como sector estratégico a las telecomunicaciones, lo que implica la potestad estatal para su regulación, administración y control. Adicionalmente, se establecen lineamientos en materia de competencia, específicamente en los artículos 52 y 304. De hecho, el artículo 52 prevé el derecho de las personas a disponer y elegir libremente de bienes y servicios de calidad, previniendo la información engañosa al respecto, siendo estos presupuestos los que se cumplirían en un mercado de competencia perfecta. De igual manera, el artículo 304 de la Constitución en su numeral 6 establece que la política comercial procurará la protección de un mercado carente de fallos, evitando prácticas monopólicas y oligopólicas<sup>47</sup>. Entonces, además de ser un sector que contempla servicios que deberían prestarse en competencia perfecta, también es un servicio público y el Estado está obligado a su provisión y garantía de eficiencia.<sup>48</sup> Estos artículos son la base de la aplicación de políticas públicas que prevengan fallos de mercado.

En base a la Constitución de 2008, se aprueba la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado LORCPM<sup>49</sup> en el año 2011. Esta ley presenta parámetros generales para todas las actividades económicas y entre ellas, las telecomunicaciones, que al ser un sector estratégico tiene normas especializadas que se adaptan de mejor manera a la realidad de los diferentes mercados que lo componen.

En cumplimiento a lo dispuesto en la Constitución, se expide también la Ley Orgánica de Telecomunicaciones<sup>50</sup> el 18 de febrero de 2015. En la entrevista realizada a la ingeniera Ana Proaño<sup>51</sup>, ex directora de CONATEL y ex directora ejecutiva del ARCOTEL, mencionó que el proyecto de la LOT fue preparado inicialmente por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) desde noviembre de 2013. El

---

<sup>45</sup> Necmahamud and Shafiqur Rahman. “Measuring the competitiveness factors in telecommunication markets”. *Sydney: Australian Academy of Business Leadership*, (2018), 346-349.

<sup>46</sup> Ver, Artículo 313, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>47</sup> Ver, Artículo 304, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>48</sup> Artículo 314, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>49</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado [LORCPM] Registro Oficial: Suplemento No. 555 del 13 de octubre de 2011. Reformado por última vez R.O. 899 el 9 de diciembre de 2016.

<sup>50</sup> Ver, Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Registro Oficial. Tercer Suplemento No. 439 del 18 de febrero de 2015. reformada por última vez mediante el Suplemento No. 111 de 31 de diciembre de 2019.

<sup>51</sup> Entrevista realizada el día 12 de abril de 2020 a las 10h00. Vía telefónica.

proyecto inicialmente no contemplaba el pago por concentración de mercado, pero se remitía a una estructura de asignación de tarifas que promuevan la competencia por servicio, así como el establecimiento de la infraestructura de telecomunicaciones como una facilidad esencial. Este fue remitido en el año 2014 al poder ejecutivo a través del Ministerio de Telecomunicaciones, donde se incorporó el artículo 34 como política *ex ante* en competencia.

Previo a su aprobación en la Asamblea Nacional se realizó un proceso de socialización de borradores con contenido técnico<sup>52</sup> en telecomunicaciones, mas no en materia de competencia. En estos textos, entre otras disposiciones, se establece que se promoverán condiciones de mercado adecuadas para la prestación de servicios. Posteriormente, cuando el proyecto final de la ley pasa a segundo debate se analiza el veto presidencial sobre la ley aprobada en base al proyecto enviado por la Presidencia de la República; al respecto, algunos asambleístas cuestionaron el veto a su propio proyecto y más importante, la metodología utilizada para calcular el monto sobre el cual se realizará el pago por concentración fue calificada como falta de técnica y arbitraria por dividir todo el mercado en partes iguales para los tres operadores existentes sin estudios y también la califican como un castigo a la inversión y la eficiencia<sup>53</sup>. A continuación, la ley y su veto fueron sometidos a votación y aprobados por mayoría<sup>54</sup>. Lo que evidencia que en la elaboración de los umbrales para el pago, se tomó a la cuota de mercado como medida proporcional al poder de mercado, cuando la teoría ha establecido que existen este y otros componentes para ejercer dominancia, como se presentará más adelante.

Adicionalmente, se menciona dentro de este mecanismo el afán de disuadir la creación de monopolios y oligopolios privados sin tomar en cuenta la naturaleza en materia económica de las telecomunicaciones que cuentan con pocos competidores sin que ello forzosamente implique que existan operadores dominantes, dados sus altos

---

<sup>52</sup> Ver, Presentación de 5 de noviembre de 2014. Realizada por el Ministerio de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información y el Ministerio Coordinador de Sectores Estratégicos a la Asamblea Nacional. Existe evidencia de que se presentaron borradores de la ley a la función legislativa en reiteradas ocasiones. Sin embargo, su contenido era esencialmente técnico en materia de telecomunicaciones y no topaban a profundidad temas de competencia, entre las que resaltan las “Propuestas y Observaciones del proyecto de ley de Telecomunicaciones”, remitido por el Colegio de Ingenieros eléctricos y Electrónicos de Pichincha CIEPI, mediante oficio No. 2014-11-116.

<sup>53</sup> Ver, Acta 313. Asamblea Nacional.. Intervenciones de los Asambleístas Moisés Tacle, Luis Fernando Torres y Patricio Donoso. 37 – 43

<sup>54</sup> La ley orgánica de telecomunicaciones fue comentada y aprobada en la sesión del 10 de febrero de 2015 en la Asamblea Nacional.

costos de infraestructura y operación<sup>55</sup>. En otras palabras, que si bien la estructura de este mercado es administrada por pocos operadores, esta es la forma eficiente para que este mercado exista, ya que la presencia de más competidores bajaría los precios a niveles no rentables para ninguno de ellos<sup>56</sup>.

En el resultado final de la LOT se establece un régimen mucho más específico, incluso se prevén guías para la regulación económica en el sector. Como cierre de la sección dedicada a la competencia en la LOT, el artículo 34 impone el pago por concentración con el fin de “evitar las distorsiones en el mercado de servicios de telecomunicaciones (...) para promover la competencia”<sup>57</sup>. Es preciso comentar algunos aspectos de este artículo ya que constituye el punto más importante de este trabajo:

- Como se mencionó, para que un impuesto pigouviano surta el efecto deseado, la medida correctiva debe aplicarse solamente al mercado que se busca corregir. Se debe contemplar que por la existencia de economías de alcances<sup>58</sup> un mismo operador económico puede percibir ingresos provenientes de diferentes mercados, incluso de aquellos servicios que no requieran este tipo de regulación, o de rendimientos financieros que permiten financiar inversión. En el supuesto del artículo ni en el reglamento para su aplicación, se distingue que un operador económico pueda participar en más de un mercado en la oferta de un determinado bien o servicio. En cumplimiento de esta norma, podría darse el caso de que alguno de los mercados en los que participa un operador económico presente una distorsión a ser corregida y otro en el que no. En este caso, el pago sobre los ingresos totales del operador de la forma en la que se encuentra planteado actualmente, podría distorsionar los mercados que funcionaban en equilibrios cercanos a la competencia perfecta.

---

<sup>55</sup> Hans Bakker “Competition in Telecommunications Market Workshop. May 2016”. *Key Principles of Market Regulation in Telecommunications..* (2016), 3

<sup>56</sup> Ver, Gregory Mankiw, *Principios de Microeconomía*, (Madrid. Mcgraw-hill:. 2000), 288.

<sup>57</sup> Artículo 34, LOT, 2015.

<sup>58</sup> El Glosario de términos para la economía industrial y la competencia elaborado por la Organización para la Cooperación económica y el desarrollo define a las economías de alcance como la circunstancia en un mercado en la que producir dos o más productos de forma conjunta es menos costoso que producirlos separadamente. Ver, Glosario de términos para la economía industrial y la competencia, Guía de referencia, OCDE, (1993), 75.

- Por ejemplo, si un operador ofrece servicios de telefonía fija, telefonía móvil, internet fijo, televisión pagada, *streaming*, entre otros, y tiene una porción de mercado superior al 30% en cuatro de los seis servicios de este ejemplo, debería pagar el porcentaje establecido en la tabla del artículo 34 por cada servicio liderado aplicado sobre la totalidad de sus ingresos, es decir, los ingresos obtenidos por todos sus servicios e incluso por otros ingresos ajenos al servicio, como podrían ser los rendimientos financieros. De igual manera, esto le disuadiría para adaptar a su capacidad instalada nuevas inversiones que le permitan obtener eficiencias por economías de alcance.
- Para prevenir los efectos perniciosos que devienen de la aplicación del pago es conveniente la distinción de mercados geográfico, de producto y temporal. En una definición de mercado técnicamente correcta se diferencia para cada mercado los bienes y servicios fácilmente sustituibles<sup>59</sup>, por el espacio geográfico en que estos pueden ser adquiridos y el tiempo en que estos serían utilizados, pudiendo tratarse de usuarios permanentes u ocasionales.
- Por otro lado, en la Resolución No.006-05-ARCOTEL-2015 se expide el Reglamento para la Aplicación del Pago por Concentración de Mercado para Promover la Competencia<sup>60</sup> que contradice la disposición del artículo 34 de la LOT, especificando que el pago se calculará en base a los ingresos totales por servicio en el periodo en el cual se ha determinado la concentración. Si bien esta disposición tiene más sentido que la establecida en la ley, se debe recordar que un reglamento no está por encima de una ley orgánica y no puede sustituir o modificar su contenido.
- El pago por concentración, ya sea a la luz del artículo 34 de la LOT o de su reglamento de aplicación, no contempla los gastos fijos y operacionales incurridos por el operador para la prestación del servicio, solo grava ingresos. Las posibles consecuencias de la aplicación de estas normas son

---

<sup>59</sup> Los mecanismos de definición de mercado relevante por servicios se realizan a través de varios mecanismos, siendo los más comunes: la prueba SNIP (Small but significant non transitory increase in price)/ monopolista hipotético y Test de Elasticidad Cruzada.

<sup>60</sup>Resolución No. 006-05-ARCOTEL-2015 Reglamento para la Aplicación del Pago por Concentración de Mercado para Promover la Competencia. Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones. Registro Oficial Suplemento 563 de agosto de 2015.

el encarecimiento del servicio afectando a los abonados y el desincentivo a la inversión en esta industria, como es el caso del servicio móvil avanzado, donde la inversión en el despliegue de tecnología 3G y 2G corresponde principalmente a operadores económicos privados, y el operador que más invirtió estaría en la realidad pagando una suma más alta por concentración<sup>61</sup>. Así, se puede dar el caso de que un operador realiza importantes inversiones en infraestructura y en capital de operación para mejorar su cobertura y con ello incrementa su cuota de mercado, consecuentemente percibe mayores ingresos con los que buscaba recuperar su inversión, pero estas inversiones no se toman en cuenta al momento de penalizar los ingresos, produciendo el efecto contrario al mencionado en el primer acápite del artículo 34 de la LOT. La violación al principio de proporcionalidad del pago se evidencia en este ejemplo, cuando por las inversiones realizadas, un operador con mayores ingresos tiene menor utilidad, y cada trimestre se ve obligado a pagar un valor mayor por concentración, que sus competidores que no han realizado similares inversiones. Cabe señalar que esta industria se caracteriza por la existencia de competencia disruptiva, en la cual el surgimiento de nuevos productos en mercados emergentes exige inversiones constantes para incorporar sus servicios<sup>62</sup>, generando distorsiones innecesarias en mercados en los que no se requería la aplicación de correctivos estructurales.

- Una tendencia contraria a la expuesta hasta este punto, justificaría el pago como una política reasignativa de recursos para garantizar la provisión de un servicio público que hasta este momento genera rentas exorbitantes<sup>63</sup>, a costa de los consumidores y abonados a los servicios que se regulan. Si se tratara de una política de esta naturaleza, los ingresos recaudados por el pago se destinarían a la implementación de mejoras en acceso y calidad de los

---

<sup>61</sup> Se pueden apreciar los datos de inversión en infraestructura del servicio móvil avanzado por parte de los operadores Otecel, Conecel y CNT, mostrando una diferencia considerable en la inversión *Ver*, Boletín Estadístico Unificado a Junio 2017. Ministerio de Telecomunicaciones. Junio de 2017, 10 -12.

<sup>62</sup> Necmahamud and Shafiqur Rahman. “Measuring the competitiveness factors in telecommunication markets”. *Australian Academy of Business Leadership*, (2018), 347.

<sup>63</sup> En la provisión de servicios públicos se estima que las rentas deben ser producto de una tarifa que contemple los costos y un parámetro de utilidad calculado con referencia a la tasa de interés promedio anual, para evitar la generación de precios explotativos. Tal es así que las tarifas bajo este cálculo se acerquen al ideal de competencia perfecta. *Ver*, Omar Chisari, *Tópicos de Economía de la Regulación de los Servicios Públicos*, (Buenos Aires: Ediciones UADE, 2011), 61-69.

ciudadanos, pero lo recaudado por esta medida contribuye en su totalidad al presupuesto general del estado<sup>64</sup>. Lo que implica que no se da una corrección efectiva de la distorsión en el mercado. Además, la doctrina indica que este objetivo debe satisfacerse a través de un mecanismo de imposición de tarifas<sup>65</sup> artículo 28 de la LOT y no con un pago sobre los ingresos del operador con mayor cuota de mercado.

### **3. Los efectos de la aplicación del pago por concentración de mercado**

Una vez que se ha identificado que por su redacción el pago por concentración de mercado no cumple con los requisitos mínimos para ser considerada política pública correctiva eficiente en materia de competencia, es importante mostrar los cambios que se han dado en el sector de telecomunicaciones tras su implementación y su impacto en el bienestar de consumidores. Para ello se analizará el mercado de Servicios Móviles Avanzados, que es el mercado que genera la mayor parte de los ingresos en el sector y en el que se ha analizado a mayor profundidad el impacto del pago.

Una vez que la LOT entró en vigencia, la primera orden de pago emitida por el ARCOTEL por concepto del pago por concentración fue el 15 de agosto de 2015. En este documento se ordenó al Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. (en adelante Conecel) al pago por ostentar una participación en el mercado que se enmarcaba en lo establecido por el artículo 34 de la LOT. Conecel pagó bajo protesta los valores ordenados por el ARCOTEL e inició el juicio arbitral No.005-2016<sup>66</sup> en contra de ARCOTEL por incumplimiento del Contrato de Explotación del Servicio de Telefonía Móvil Celular, el mismo que fuera suscrito entre CONECEL S.A. y el ya extinto Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) en el año 2008<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Respuesta de Arcotel a los comentarios presentados en el “Resumen de Observaciones del Proceso de Consulta Pública del Reglamento para la aplicación del pago por concentración demercado para promover la competencia” en cumplimiento de la resolución 003-03-ARCOTEL-2015. 1.

<sup>65</sup> Reglamentación de precios, Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones, Grupo del Banco Mundial, ISBN 0-9697178-7-3, noviembre de 2000, 4.22.

<sup>66</sup> Arbitraje No. 005-2016 Centro de Arbitraje y Mediación dela Cámara de Industrias y Producción y la Cámara de Industrias y Comercio Ecuatoriano Británica.

<sup>67</sup> Laudo arbitral de la causa No. 005-2016, emitido por Alexis Mourre (presidente del tribunal arbitral), Felipe Ossa, Fernando Cantuarias.14

A pesar de que el tribunal arbitral no era competente para pronunciarse sobre la naturaleza y efectos del pago por concentración de mercado, las partes sostuvieron argumentos con respecto a si efectivamente se trataba de una política pública de competencia o no. En este sentido, a lo largo del litigio se debatió sobre tres puntos principales con respecto a la efectividad del pago por concentración de mercado como una medida de competencia: la entrada de nuevos operadores en el mercado, la mitigación del riesgo de salida de operadores que no tengan las cuotas de mercado establecidas por el artículo 34, que un operador que ostente una cuota de mercado alta no necesariamente es dominante.

Toda vez que los puntos analizados en el mencionado proceso litigioso corresponden a un momento en el que no se podía evaluar el efecto en el tiempo del pago por concentración, se presenta a manera de criterio adicional la evolución de la prestación del SMA desde la entrada en vigencia del pago, hasta la fecha. A continuación se analizan los tres puntos señalados en los argumentos del caso mencionado.

### **3.1. La entrada de otros operadores económicos**

Entre las finalidades que planteaba la defensa de ARCOTEL en el mencionado litigio, estaba que el pago por concentración permitiría la entrada de nuevos operadores en el mercado SMA<sup>68</sup>. De hecho, Apinyanon establece que es deber del estado facilitar la entrada y permanencia de operadores nuevos o en condiciones menos favorables que aquellos que por antigüedad o disponibilidad de recursos podrían acaparar los mercados de telecomunicaciones<sup>69</sup>. Por ello, países como Australia y Nueva Zelanda facilitan el acceso de los operadores nuevos o la ampliación del servicio dándoles las facilidades de infraestructura que este mercado requiere y consecuentemente amplían el alcance del servicio público.

Como se mostrará más adelante, las cuotas de mercado de los operadores económicos presentaron cambios moderados, pero hasta la fecha de presentación de esta

---

<sup>68</sup> Análisis del Informe de Primer Debate del Proyecto de Ley Orgánica de Telecomunicaciones (Anexo 51 de la pericia) presentado por la Dra. María Teresa Lara en el proceso arbitral No. 005-2016, 38-40.

<sup>69</sup> Jittinan Apinyanon, "Competition and Regulations in Telecommunications with Assymetric firms", *University of New York-Economics* (2015) 14.

investigación no existen nuevos operadores económicos para la provisión de servicios SMA, por lo que se demuestra que la medida no fue totalmente eficaz con respecto a los objetivos planteados por el regulador. Vale recordar que el pago por concentración de mercado no es el único mecanismo de política pública que podría incentivar la llegada de nuevos operadores.

### 3.2. Mitigación del riesgo de salida de competidores

Igual tratamiento que la entrada de competidores, según Jittinan Apinyanon, el Estado debe procurar la permanencia de los operadores existentes.<sup>70</sup> Entre los objetivos deseables de una política pública de competencia se encuentra la mitigación del riesgo de salida de operadores pequeños del mercado de telecomunicaciones. En el caso del mercado SMA en Ecuador, ese riesgo es menor, ya que el único operador económico, por ser una empresa pública, no está sujeto al artículo 34 de la LOT y presenta una cuota de mercado que crece de forma constante incluso antes de la implementación del pago por concentración <sup>71</sup>. Adicionalmente, el riesgo de salida se ve mitigado, no por la aplicación del pago por concentración, sino por otra política pública de eficiencia, en el año 2014 el Estado ecuatoriano le asignó a CNT una porción espectro SMA que es tres veces más grande que las porciones asignadas a cada uno de los otros operadores que compiten en ese mercado. Haciendo uso de esta ventaja, CNT expandió la cobertura móvil a zonas rurales en las que los otros operadores económicos tienen escasa o ninguna presencia<sup>72</sup>. Aún con el incremento de cobertura SMA y abonados de CNT, la reducción total de cuatro millones no fue evitada.

---

<sup>70</sup> *Id.*, 123-131.

<sup>71</sup> Esta conclusión es producto del contraste entre la cuota de mercado promedio de 2,7% que CNT presenta entre el año 2003 y 2014, y el 4,7% que presenta en el promedio de los años 2008 al 2014. *Ver.* Servicio Movil Avanzado: Boletín Estadístico del Sector de Telecomunicaciones, Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, No. 1, diciembre de 2014,10. y *Ver.* Boletín Estadístico del Sector de Telecomunicaciones, Ministerio de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, No. 4, diciembre de 2017,9.

<sup>72</sup> Esta conclusión resulta del contraste entre la estadística de cobertura móvil del año 2014 y el mismo mapa de cobertura móvil actualizado al año 2017 presentado entre los aspectos generales de las “Políticas Públicas del Sector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información 2017-2021”. *Ver.* “Políticas Públicas del Sector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información 2017-2021” Norma técnica, Ministerio de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, 17 237:ITE INEN-ICE-ISO/IEC TR 38502,marzo de 2017.sec. 4.2.

### 3.3. Una alta participación en el mercado no implica dominancia

Empíricamente se ha demostrado que una alta concentración de cuota de mercado incrementa el riesgo de ostentar una posición de dominio. Sin embargo, en circunstancias de mercado específicas, como las que caracterizan los mercados que forman el sector de las telecomunicaciones, este riesgo se ve atenuado. De acuerdo con el informe de la OCDE todos los países dentro de su análisis cuentan con mercados de telecomunicaciones en los que existe competencia oligopólica<sup>73</sup> en los que se concentra una cuota de mercado superior al cincuenta por ciento en un solo operador, y el resto de la demanda se encuentra repartida en no más de seis operadores<sup>74</sup>.

De hecho, la estructura de mercado eficiente presentada ha sido reconocida como tal por la Unión Internacional de Telecomunicaciones que indica que el mercado de las telecomunicaciones presenta barreras de entrada altas, cuotas de mercado concentradas y facilidades esenciales compartidas entre competidores, lo que obliga a los operadores económicos a competir y colaborar mutuamente, incrementando el riesgo del cometimiento de actos anti competitivos<sup>75</sup>. Este riesgo se ve agravado por las altas cuotas de mercado que presentan las compañías de telecomunicaciones; de acuerdo con Feeny y Rogers, ostentar una cuota alta del mercado sube la probabilidad de un incremento de utilidades, por diversos motivos, entre los que destacan la presencia de economías de escala y la antigüedad en el mercado; más no por la alteración de precios<sup>76</sup>. Lo que implica, que en la mayoría de países el operador económico que ostenta una cuota de mercado alta no es un creador de precio, sino que se trata de un tomador de precios, que

---

<sup>73</sup> El concepto de competencia oligopólica es diferente a la de estructura de mercado de oligopolio. El primer concepto, hace referencia a un esquema de mercado con pocos, pero suficientes operadores que compiten por diferenciación en sus servicios ya que no tienen la capacidad de elevar precios a niveles supracompetitivos de forma rentable. El segundo concepto, en cambio, se refiere a una estructura en la que pocos operadores imponen precios supracompetitivos de forma rentable, con el propósito de obtener rentas monopólicas y repartirlas entre los ofertantes involucrados.

<sup>74</sup> Ver, Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo. Review of Telecommunication Policy and Regulation (Mexico). 2012. Tabla 1.6

<sup>75</sup> Ver, Hans Bakker “Competition in Telecommunications Market Workshop. May 2016”. *Key Principles of Market Regulation in Telecommunications*, (2016), 3

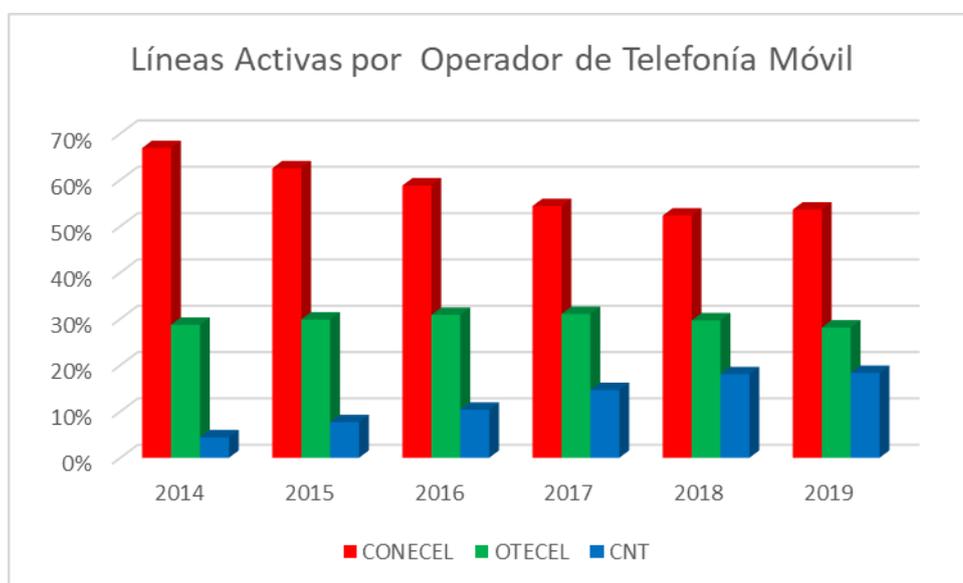
<sup>76</sup> Ver, Simon Feeny y Mark Rogers, “Market Share, Concentration and Diversification in Firm Profitability”. *Revista del Instituto de Economía Aplicada e Investigación Social de la Universidad de Melbourne*. (1999), 13.

por motivos de eficiencia, ha logrado ostentar una cuota de mercado alta frente a su competencia.

Sin embargo de lo establecido en la teoría, se considera adecuada la realización de un estudio econométrico que determine el número óptimo de operadores económicos, con respecto a la demanda y la capacidad instalada para la provisión de bienes y servicios para cada uno de los mercados que se analizan para la identificar si efectivamente existe dominancia o no.

### 3.4. Evolución de SMA desde la entrada en vigencia de la LOT.

Como se ha mencionado en este trabajo, se busca identificar el efecto de la medida *ex ante* plasmada en el artículo 34 de la LOT, y de la distribución del mercado de telefonía móvil en Ecuador desde 2014 se desprende que a partir de la aprobación de la LOT la distribución de este mercado se ha modificado moderadamente como se ve a continuación<sup>77</sup>:



<sup>77</sup> Gráfica de líneas activas por operador de telefonía móvil en Ecuador. Elaboración propia. Fuente: ARCOTEL. Estadística de Líneas activas por tecnología. Recuperado desde: [http://www.arcotel.gob.ec/servicio-movil-avanzado-sma\\_3/](http://www.arcotel.gob.ec/servicio-movil-avanzado-sma_3/)

Tabla 1: Líneas Activas por Operador de Telefonía Móvil. Elaboración propia.  
2020.

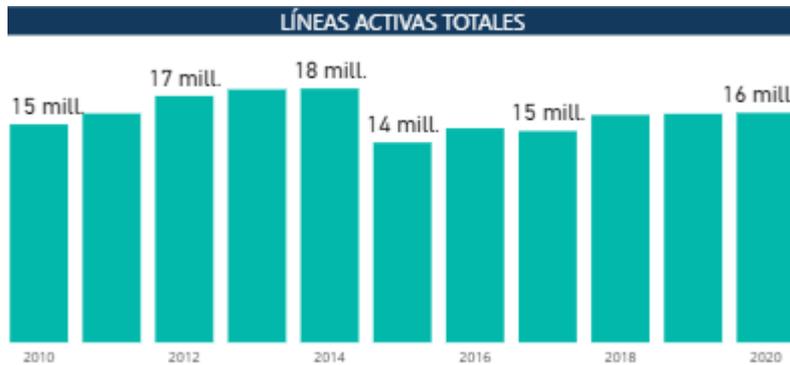


Tabla 2 Líneas Activas Totales por año. Ministerio de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información. 2020.<sup>78</sup>

En la primera gráfica se puede apreciar que desde la aprobación de la LOT, CONECEL redujo su cuota de participación en este segmento en 13% y sigue manteniendo la mayor porción de mercado, mientras que OTECEL mantiene similares cuotas cada período y CNT presenta un incremento de participación en 14%. Estos resultados se atribuyen a varios factores como los efectos de la normativa *ex ante*, inversiones realizadas por los competidores y la existencia de un mercado maduro en el que se ha llegado a los niveles óptimos de penetración limitando la entrada de nuevos operadores<sup>79</sup>. Cabe señalar que CNT tiene mayor presencia en áreas rurales que sus competidores, donde se mantiene demanda insatisfecha pero dispersa<sup>80</sup>.

En contraste, la segunda gráfica refleja que a pesar de la distribución de cuotas de mercado, el número de líneas cayó en cuatro millones de usuarios luego de la aprobación de la LOT. En su obra, Virgilio Valencia demuestra que el acceso a telefonía móvil a través del SMA presenta resultados positivos en términos de reducción de la pobreza, ya que este se encuentra directamente relacionado con un incremento en el ingreso de los

<sup>78</sup> Ver, Estadística del Servicio Móvil Avanzado. Líneas móviles activas de 2010 al 2020. Gráfico y contenidos elaborados por el Observatorio TIC- Ministerio de Telecomunicaciones y sociedad de la Información.(Acceso abril 2020)

<sup>79</sup> Ver, Plan Nacional de Telecomunicaciones y Tecnologías de Información del Ecuador 2016 – 2021. Ministerio de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información. (Acceso abril 2020), 28.

<sup>80</sup> Ver, Políticas Públicas del Sector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información 2017-2021. Elaborado en marzo de 2017. Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información. Sección 2.2.

hogares que oscila entre el 7,09% y el 12,9%, según las variables observables (edad, género, nivel educativo) que se tomen en cuenta para cada resultado<sup>81</sup>. Por lo que la disminución de aproximadamente cuatro millones de líneas activas de telefonía móvil implican una reducción al bienestar general.

En este caso se evidencia una correlación entre la drástica disminución del bienestar con la entrada en vigencia del artículo 34 de la LOT. Lo que muestra que si bien este resultado no es completamente atribuible a la aplicación del pago por concentración de mercado, sí significa que esta medida no aportó a la mejora del bienestar social del mercado de telecomunicaciones.

Entre los posibles efectos que podría producir una aplicación errónea de un impuesto pigouviano como política de competencia se presentó la desinversión por falta de incentivos económicos. En caso de la evolución en tecnología SMA por operador se evidencia una desaceleración en la evolución por tecnología por prestador a mediados del año 2015<sup>82</sup>. De manera similar a la reducción de líneas activas, esta variación no se le puede atribuir con certeza solamente al pago por concentración.

#### 4. Conclusiones y recomendaciones

Tras analizar los objetivos propuestos en el artículo 34 de la LOT y sus consecuencias, se observa la necesidad de una reforma estructural de esta política o en su defecto la derogatoria del pago, así como de la normativa de jerarquía inferior que lo regula. Se ha comprobado que el artículo 34 de la LOT no es una política pública de competencia ni un subsidio cruzado eficaz, ya que no cumple los propósitos de su creación y que posterior a su implementación, se han generado disminuciones al bienestar general que podrían atribuirse como efecto colateral del pago.

A manera de recomendación, en caso de que se considere conveniente conservar el pago por concentración de mercado dentro del ordenamiento jurídico vigente, se sugiere que a través de una reforma legislativa se tomen en cuenta los siguientes puntos:

---

<sup>81</sup> Virgilio Ramiro Valencia Barahona. “Impacto de la Penetración de las Telecomunicaciones en la Disminución de la Pobreza en el Ecuador (2009-2010)” *Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Sede Ecuador*, (2016), 89.

<sup>82</sup> Ver, Boletín Estadístico del Sector de Telecomunicaciones, Ministerio de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, No. 4, diciembre de 2017,12.

a) Distinguir los abonados a los diferentes servicios afines a las telecomunicaciones por tipo de producto (bien o servicio), por mercado geográfico en el que el servicio se encuentra disponible (rural y urbano con su correspondiente índice demográfico) y por su permanencia (diferenciar servicios ocasionales de abonados permanentes). Esta distinción permitirá separar los mercados que requieren regulación estructural, y así identificar la externalidad que se busca internalizar.

b) Establecer en la ley, o en su respectivo reglamento, la obligación de que el órgano de control aplique herramientas técnicas en materia de competencia (econométricas y microeconómicas) que permitan determinar la existencia o no de posición dominante por un operador económico que ostente una cuota de mercado alta. Consecuentemente, se solicita que solamente se exija el pago en caso de que se verifique una posición dominante que pueda perjudicar la eficiencia del mercado analizado.

c) Calcular el pago por concentración sobre las utilidades del operador económico en el segmento debidamente delimitado, en lugar de los ingresos totales. El cambio en la base de cálculo del pago pretende evitar la merma a la porción del ingreso correspondiente a inversión en infraestructura necesaria para la adaptación del servicio ante el surgimiento de competencia disruptiva.

d) Que el pago por concentración constituya una herramienta de redistribución de recursos. Que los valores recaudados se destinen al mejoramiento y ampliación de cobertura del servicio de telecomunicaciones en áreas que por sus condiciones geográficas y demográficas no resulta rentable para los operadores. Esta recomendación es viable transformando el simple pago en un impuesto con asignación específica para estos fines, conforme el Código Tributario<sup>83</sup>

Finalmente, en referencia a la frase de Luis Brandeis, es importante incorporar al análisis técnico que motiva la normativa en telecomunicaciones estudios de mercado que regulen eficientemente este sector en beneficio de todos sus actores y en pro de la competencia perfecta. Este aspecto cobra más importancia en tiempos actuales, cuando

---

<sup>83</sup> Ver, Artículo 6. Código Tributario. R.O. 38 de 14 de junio de 2005 reformado por última vez el 21 de agosto de 2018.

los sectores económicamente deprimidos de la sociedad tienen mayor necesidad de contar con servicios de telecomunicaciones eficientes y de costo razonable a raíz de la emergencia sanitaria a causa del virus covid 19. La masificación de la conectividad tendrá mayor injerencia en la penetración de educación, salud, nuevas modalidades de trabajo y acceso a la información.