



## **DERECHO DE LA COMPETENCIA EN ECUADOR: ¿UN IMPUESTO A LA CUOTA DE MERCADO EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES?**

FABIÁN POZO NEIRA<sup>1</sup>  
APARICIO CAICEDO CASTILLO<sup>2</sup>

### RESUMEN

En este ensayo se analiza el nuevo artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones ecuatoriana, que establece la obligación de pago de una contribución por concentración de mercado, calculada según la cuota de participación de los operadores económicos. Sostenemos que esta medida no es propia del derecho de competencia, sino más bien se trata de una medida de tipo recaudatorio. Brevemente, se comenta la posibilidad de que por

- 1 Socio del Estudio Jurídico Gottifredi & Pozo Abogados. Abogado por la Universidad del Azuay, Ecuador. Máster en Derecho por la Universidad de California, Berkeley, certificado en derecho corporativo por la misma universidad. Profesor del Diplomado en Derecho de la Competencia de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Circunvalación Sur s/n Edificio Cardeca Business Center, Of. 402-403, Cuenca, Ecuador, [www.gottifredipozo.com](http://www.gottifredipozo.com).
- 2 Socio de la Firma Consultora Inteligencia Estratégica. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Director del Diplomado en Derecho de la Competencia de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Edificio Global Center Ofic. 102, Vía a Samborondón Km. 5,5., Guayaquil-Ecuador. [www.iestrat.com](http://www.iestrat.com)

esta nueva contribución se configure un incremento del precio de los contratos de concesión telefonía móvil, que podría derivar en demandas arbitrales contra el Ecuador.

**Palabras clave:** Ley de Telecomunicaciones; Ecuador; competencia; arbitraje; artículo 34; telefonía.

### ***ECUADORIAN COMPETITION LAW: A TAX ON MARKET SHARE OF TELECOMMUNICATION INDUSTRIES?***

#### *ABSTRACT*

*This essay analyzes the new Section 34 of the Ecuadorian Law on Telecommunications which creates a new contribution to be paid by Corporations, calculated in relation to the market share of each firm. We affirm that this new disposition is not related to traditional global tendencies in Competition Law, and that the mention of a competition goal behind this new contribution is merely pre-textual. This contribution has a recaudatory objective that may conform an undue increase of price in Concession Contracts with private Telecom Corporations, which may lead to future arbitral litigation.*

**Key words:** *Telecommunications Law; Ecuador; Competition; arbitration; Article 34; Telephone services.*

## I. ANTECEDENTES: LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA EN EL ECUADOR

La República del Ecuador no contó con una ley específica de Regulación de la Competencia hasta la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado en Octubre de 2011, y su Reglamento de aplicación publicado en mayo de 2012.

Esta ley se insertó en el marco de la nueva constitución ecuatoriana de 2008, que a diferencia de su antecesora asigna un papel preponderante en materia económica al Estado<sup>3</sup>. Si bien es difícil afirmar que en el Ecuador haya existido una economía pura de libre mercado, a partir de la entrada en vigencia de esta constitución se acentúa la intervención preventiva y sancionadora del Estado en todo tipo de relaciones comerciales.

Las dos constituciones anteriores, de 1979 y de 1998, hacían mención a la regulación de la competencia y la prohibición de los monopolios y oligopolios, sin embargo estos preceptos nunca se desarrollaron en leyes inferiores.

En el ámbito del derecho supranacional, la Decisión 608 aprobada por la Comunidad Andina de Naciones en 2005, sobre las “*Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina*”, tampoco tuvo eficacia inicialmente dado a que el Ecuador no contaba con legislación interna que desarrollara su contenido. Por esto, la CAN aprobó luego la Decisión 616 sobre la “*Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador*”, sin embargo, en principio su aplicación fue muy restringida, debido a que el Ecuador carecía de una autoridad de competencia que la aplique.

---

3 Echeverría, Julio. “El Estado en la nueva constitución”, en “La Nueva Constitución del Ecuador” ANDRADE, SANTIAGO et. Al, editores. Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Quito, Ecuador, 2008. p. 16 y ss.

Ante este déficit legislativo, en 2009 se emitió el Decreto Ejecutivo 1614 referente a las “*Normas para la aplicación de la Decisión 608 de la CAN*”<sup>4</sup>, que creó la Subsecretaría de la Competencia, adscrita al Ministerio de Industrias y Productividad (MIPRO) como autoridad investigativa, siendo el titular de este ministerio designado como autoridad resolutoria en materia de competencia. Estas autoridades fueron las encargadas de aplicar las normas andinas de defensa de la competencia hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado en 2011, en virtud de la cual se creó la Superintendencia correspondiente.

Desde entonces, la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (en adelante LORCPM), y su reglamento, conforman el régimen de competencia ecuatoriano, siendo aplicable tanto para operadores públicos como privados, así como nacionales y extranjeros, e incluso aquellos que potencialmente realicen actividades en Ecuador, o cuyos efectos se produzcan dentro del Ecuador<sup>5</sup>.

La autoridad encargada del control y cumplimiento de este régimen de competencia es la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. La ley también crea un ente regulador que es la Junta de Regulación de Poder de Mercado, que en calidad de representante del poder ejecutivo es el máximo rector de políticas públicas en materia de competencia, y es conformada por los ministros a cargo de la Producción, de Sectores Estratégicos, Desarrollo Social y Política Económica<sup>6</sup>.

Sin embargo, apenas cuatro años después, en febrero de 2015 la nueva Ley Orgánica de Telecomunicaciones impuso a los operadores privados la obligación de un pago “*por concentración de*

---

4 Registro Oficial No. 558 - Viernes 27 de Marzo de 2009

5 Art. 2 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

6 Art. 35 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado

*mercado para promover competencia*”, justificando este cobro en la finalidad de “*evitar distorsiones en el mercado de telecomunicaciones y servicios de suscripción y promover la competencia*”. También, confirió la competencia de regulación *ex ante* en materia de competencia a la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones, ARCOTEL, invadiendo así el ámbito anteriormente reservado a la Junta de Regulación y la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

En especial, el artículo 34 de la nueva ley de telecomunicaciones (LOT) resulta problemático, por su aparente formulación como una norma de promoción de la competencia pero que sin embargo tiene por efecto un incremento de los costos que las empresas de telecomunicaciones deben afrontar -con una formulación muy similar a medidas de tipo fiscal- que a la vez podrían implicar un incremento en las **regalías contractuales de sus concesiones**. El análisis de esta norma es el objeto de este trabajo.

El mercado de telefonía móvil es quizá el más afectado por esta contribución, por su nivel de concentración; cabe mencionar que en Ecuador operan en el mercado de telefonía móvil tres empresas, dos de ellas privadas -CONECCEL S.A. titular de la marca “CLARO” y OTECEL S.A. titular de la marca “MOVISTAR”- y una pública, CONSORCIO NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT.

En este documento, sostenemos que la disposición contenida en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones no es una medida propia del derecho de la competencia, ni es idónea para evitar las distorsiones en el mercado de servicios de telecomunicaciones y servicios por suscripción. A nuestro criterio, atendiendo al contenido y efecto normativo de esta disposición, se ha camuflado como norma de competencia una disposición con objetivos recaudatorios.

Sostenemos que el ordenamiento jurídico ecuatoriano no sanciona la mera concentración de mercado o la sola obtención de

poder de mercado por parte de un operador económico, sino el abuso de dicho poder, mientras que el mencionado artículo 34 de la LOT impone un pago adicional por el mero alcance de una determinada cuota de participación.

Asimismo, al tratarse de un mercado con tarifas estrictamente reguladas y sujetas a aprobación de ARCOTEL, creemos que una mayor participación del mercado no es condición suficiente para establecer que la competencia esté distorsionada, menos aún para establecer la existencia de dominio de un operador económico.

De forma similar, al no existir un análisis de mercados relevantes previo a la aplicación de la contribución que se impone, ni aplicarse un análisis de eficiencias (*balancing test*), el artículo 34 de la nueva LOT es contrario a los principios del derecho de la competencia ecuatoriano, teniendo como única consecuencia el incremento de la recaudación para el Estado, similar a un impuesto, o a un incremento de las regalías del contrato de concesión.

## II. EL ARTÍCULO 34 DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

En la nueva Ley Orgánica de Telecomunicaciones Ecuatoriana (en adelante “LOT”), el legislador dedicó el Título IV a la regulación de la competencia, denominándolo: **“REGULACIÓN SECTORIAL EX ANTE PARA EL FOMENTO, PROMOCIÓN Y PRESERVACIÓN DE LAS CONDICIONES DE COMPETENCIA”**.

El artículo 26 de la LOT especifica que la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (o ARCOTEL) podrá dictar normas regulatorias para fomentar, promover y preservar las condiciones de competencia dentro del sector de las telecomunicaciones, pero indica que para ello deberá observar los lineamientos y principios aplicables “*conforme al ordenamiento jurídico vigente*”, haciendo así énfasis en la necesidad de encua-

drar las regulaciones sectoriales en un marco de coherencia normativa con su entorno jurídico<sup>7</sup>.

Es dentro de ese mismo capítulo que se incluyó la disposición que es objeto de este análisis, el ya mencionado artículo 34, que dice:

*“Art. 34.- Pago por concentración de mercado para promover competencia. A fin de evitar las distorsiones en el mercado de servicios de telecomunicaciones y servicios por suscripción y promover la competencia, los prestadores privados que concentren mercado en función del número de abonados o clientes del servicio concesionado, autorizado o registrado, pagarán al Estado un porcentaje de sus ingresos totales anuales conforme a la siguiente tabla:*

DESDE	HASTA	PAGO
30%	34.99%	0,5%
35%	44.99%	1%
45%	54.99%	3%
55%	64.99%	5%
65%	74.99%	7%
75%	En adelante	9%

La recaudación de estos valores será trimestral y la realizará la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, de conformidad con la regulación que para el efecto emita.

Esta obligación es independiente de cualquier otra obligación prevista en la presente Ley.”

La norma contenida en el texto antes transcrito tiene las siguientes características:

7 **Art. 26.- Regulación sectorial.** La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, dentro del ámbito de sus competencias, observará los lineamientos para la regulación y principios aplicables **conforme al ordenamiento jurídico vigente**, a fin de coadyuvar a través de la regulación sectorial de telecomunicaciones que para el efecto emita y sus acciones, en el fomento, promoción y preservación de las condiciones de competencia en los mercados correspondientes que para el caso determine.

1. Establece una obligación de pago trimestral a favor del Estado, dirigida solamente a los prestadores privados de servicios de telecomunicaciones.
2. Esta obligación es adicional a todas sus demás obligaciones tributarias y contractuales con el fisco.
3. El monto específico de esta obligación se establece en relación a sus ingresos totales, como un porcentaje que aumenta mientras mayor sea la participación de mercado del operador económico.
4. Según el texto del artículo, se declara como finalidad el evitar distorsiones en el mercado de servicios de telecomunicaciones y promover así la competencia.

De esta forma, por ejemplo, aplicando la tabla inserta en este artículo, un operador celular que concentre el 45 por ciento de los abonados a servicios de telefonía móvil, deberá una suma equivalente 3 por ciento de sus ventas totales por ese solo hecho, además de las obligaciones fiscales y regalías contractuales a las que se encuentre obligado. Un operador que posea más del 65% de cuota de mercado, pagará el 7 por ciento de sus ingresos totales, sin deducción de gastos, y de forma adicional al impuesto a la renta y a las regalías contractuales.

Pese a la retórica protectora de la competencia, sostenemos que haciendo un análisis sistemático del artículo se encontrará que lo dispuesto en él resulta absolutamente incoherente los principios informadores básicos del ordenamiento jurídico ecuatoriano en materia de competencia.

Como veremos a lo largo de este análisis, imponer mayores cargas a un operador económico por el solo hecho de tener una mayor participación de mercado en relación contradice de por sí la lógica subyacente a las normas rectoras del derecho de la competencia ecuatoriano, y la tendencia internacional en la materia.

Tanto la Constitución como la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (LORCPM) y otras normas pertinentes, establecen expresamente que lo que se busca prevenir o sancionar es el abuso de aquellos actores económicos con dimensiones suficientes para tener un elevado grado de influencia en un mercado relevante, mas no la participación de mercado en sí misma.

### III. LA CUOTA DE MERCADO NO ES PER SE SANCIONADA POR EL DERECHO DE COMPETENCIA ECUATORIANO

Siguiendo parámetros internacionales, la legislación ecuatoriana de competencia no sanciona el llamado “*poder de mercado*” o “*posición de dominio*” de forma *per se*, menos aún la mera tenencia de un alto grado de participación en ese mismo mercado. La participación de mercado, por sí sola, es solamente uno de muchos criterios para determinar la existencia de “*poder de mercado*”, es decir, para establecer “*la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado*”<sup>8</sup>.

Dicha determinación, según la ley ecuatoriana, debe hacerse caso por caso, de forma individual y concreta, luego de un extenso y complejo proceso, en el que las partes afectadas participan con las debidas garantías procesales. Y solo una vez que se determine que existe tal capacidad, se pasa a valorar si el mencionado poder ha sido empleado para distorsionar la competencia.

El “*poder de mercado*” es el concepto de partida del derecho de la competencia ecuatoriano en materia de conductas de abuso de posición dominante. La legislación ecuatoriana, inspirada en la formulación de la jurisprudencia europea<sup>9</sup>, define al poder de mercado en el artículo 7 de la LORCPM, diciendo:

8 Art. 7 de la LORCPM.

9 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 14 de febrero de 1978, asunto 26/76, Rec. 1978, p. 207, párrafo 65: “Situación de poder económico

*Art. 7.- Poder de mercado.- Es la **capacidad** de los operadores económicos para **influir significativamente en el mercado**. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, **sean capaces de actuar de modo independiente** con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado.*

De la lectura de esta norma, se desprende que para que exista poder de mercado, debe demostrarse que el operador económico en ciernes puede “*actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes*”, etc. Así, si bien la participación de mercado es un criterio muy significativo en tal determinación, no es de ninguna manera el único que se toma en cuenta<sup>10</sup>.

Ello queda claro de la lectura del artículo 8 de la LORCPM, que menciona que deben concurrir varios elementos adicionales, como “*la posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado*

---

que ostenta una empresa que le da la facultad de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportamientos, en medida apreciable, independientes respecto de sus competidores, sus clientes y, en definitiva, los consumidores”.

- 10 En la jurisprudencia europea, una alta participación de mercado puede llegar a significar en determinados casos, dependiente de las características del mercado relevante, una presunción de poder de mercado que acepta prueba en contrario. Al respecto, la antigua Comisionada de la Competencia de la Comisión Europea dejó muy claro la postura mayoritaria en este aspecto en un discurso de 2005: “...I consider that high market shares are not - on their own - sufficient to conclude that a dominant position exists. Market share presumptions can result in an excessive focus on establishing the exact market shares of the various market participants. A pure market share focus risks failing to take proper account of the degree to which competitors can constrain the behaviour of the allegedly dominant company. That is not to say that market shares have no significance. They may provide an indication of dominance – and sometimes a very strong indication – but in the end a full economic analysis of the overall situation is necessary”. Disponible en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-05-537\\_en.doc](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-537_en.doc)

*relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder*”, etcétera. No basta, en definitiva, con señalar que una empresa concentra un porcentaje elevado del total abonados o suscriptores disponibles en un mercado reelevante para determinarla como operador dominante o ostentador de una posición de poder en dicho mercado, debe tomarse en cuenta también la “*contestabilidad*” de parte de otros operadores en dicho mercado.

La propia Ley Orgánica de Telecomunicaciones recoge explícitamente la definición de poder de mercado de la LORCPM, adaptando su redacción para el caso específico de los servicios de telecomunicación, diciendo:

*Art. 33.- Operador con poder de mercado y preponderante.*

*Se considerará como operador con poder de mercado, al prestador de servicios de telecomunicaciones y servicios por suscripción cuando tenga la **capacidad para influir significativamente en el mercado**. Dicha capacidad la puede alcanzar de manera individual o conjuntamente con otros, cuando por cualquier medio sean capaces de **actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores**, compradores, clientes, proveedores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado, cuando en forma efectiva, controle, directa o indirectamente los precios en un mercado o en un segmento de mercado o en una circunscripción geográfica determinados; o, la conexión o interconexión a su red.*

En el Reglamento de Mercados que apruebe la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones constarán los criterios para determinar si un prestador de servicios tiene poder de mercado en un determinado mercado relevante y en otro u otros mercados de relevancia estrechamente vinculados, de manera que haga posible que el poder que se tiene en un mercado produzca repercusiones en el otro, reforzando de esta manera el poder de mercado.

*Se considerará que **existe preponderancia cuando el prestador de servicios de telecomunicaciones y servicios por suscripción, tenga más del 50% de abonados, clientes, suscriptores, líneas activas, tráfico u otros**, en un determinado mercado o servicio, en cuyo caso, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones podrá establecer de*

*manera directa mediante resolución, las obligaciones que se justifiquen, conforme a lo previsto en el artículo precedente.*

Así, la LOT define el “poder de mercado” pero introduce además una nueva categoría, la de “preponderancia”, en la cual incurre todo operador que tenga más del 50 por ciento de participación en un determinado mercado. De esta forma, el legislador ecuatoriano importa un concepto jurídico nacido en la legislación mexicana, por el cual se busca viabilizar la regulación preventiva estableciendo una suerte de estatus especial para aquellas empresas que ocupen un porcentaje muy elevado del mercado<sup>11</sup>; sin embargo ello **no implica que quienes se encuentren inmersos en la categoría de preponderantes deban ser sujetos a nuevas obligaciones financieras con el Estado, ni implica un equivalente del poder de mercado**, definido dos párrafos más arriba, en el mismo artículo.

De esto se deriva que de acuerdo al último inciso del artículo 33 de la LOT—y siguiendo nuevamente el ejemplo también de la legislación mexicana—la única consecuencia jurídica para un operador económico de ostentar “preponderancia” es que ARCO-TEL pueda imponerle mediante resolución alguna de las obligaciones especiales enumeradas en el artículo 32<sup>12</sup>, que pueden ser

11 Información detallada disponible en la web de Instituto Federal de Telecomunicaciones de México: <http://www.ift.org.mx/industria/politica-regulatoria/preponderancia-telecom>

12 Art. 32.- Imposición de obligaciones.

En el Reglamento de Mercados, constarán las condiciones para la imposición, modulación, modificación o supresión de obligaciones a los prestadores con poder de mercado o preponderantes.

Sin perjuicio de que la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, establezca otro tipo de obligaciones en el Reglamento de Mercados, se podrán imponer a los operadores con poder de mercado o preponderantes y de ser el caso, a sus empresas vinculadas según corresponda, entre otras, las siguientes obligaciones:

1. Proporcionar información relativa a contabilidad, especificaciones técnicas,

la presentación de información, aplicación de tarifas asimétricas, fijación de precios, cargos de interconexión asimétricos, etc.

En otras palabras, la preponderancia no se castiga *per se*, como tampoco se castiga *per se* la existencia de poder de mercado o posición dominante, guardando así coherencia con el resto del régimen de competencia ecuatoriano.

No obstante, el artículo 34 de la LOT sugiere, en términos generales y abstractos, que una mayor participación de mercado por parte de un operador, es *per se* un elemento distorsionador de la competencia que debe ser corregido mediante el pago de una suma de dinero.

Como antes señalamos el artículo 34 de la LOT establece la obligación por parte de los prestadores privados de servicios de

---

características de las redes, condiciones de suministro y utilización, incluidas, en su caso, las condiciones que pudieran limitar el acceso o la utilización de servicios o aplicaciones, así como los precios.

2. Proporcionar en forma oportuna y completa la información que le requiera la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, conforme con los formatos y periodicidad que para el efecto determine.
3. Llevar contabilidad de costos o regulatoria, en caso de que preste varios servicios, en el formato y con la metodología que, en su caso, determine la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.
4. Fijación de precios y tarifas que permitan promover y fomentar la competencia efectiva y los beneficios para los usuarios en términos de precios y calidad de los servicios así también para favorecer la inversión por parte del prestador de servicios, de modo especial, en redes de nueva generación. Se incluye el mecanismo tarifario para servicios dentro de la misma red o fuera de la red (on-net u off-net).
5. Fijar cargos de interconexión que promuevan la erradicación de prácticas anticompetitivas.
6. Limitaciones de comercialización de servicios y uso de equipos terminales.
7. Prohibición de suscribir contratos de arrendamiento para instalación de infraestructura.
8. Fijación de cargos de interconexión simétricos.
9. Fijación de cargos de interconexión asimétricos.
10. Regulación de tarifas simétrica.
11. Regulación de tarifas asimétrica.
12. Obligaciones de compartición de infraestructura.
13. Regulación sobre uso de marcas o nombres comerciales.

telecomunicaciones de un pago trimestral al Estado—adicional a todas sus demás obligaciones tributarias y contractuales con el fisco—cuyo monto específico se establece como porcentaje de sus ingresos totales, el cual aumenta mientras mayor sea su participación de mercado. Todo ello, según reza el propio texto del artículo, con la finalidad de evitar distorsiones en el mercado de servicios de telecomunicaciones y promover la competencia.

Sin embargo, a la luz de las ya citadas disposiciones de la LORCPM, esta sugerencia implícita de que una participación relativamente alta en el mercado distorsiona *per se* la competencia resulta incompatible con la legislación de competencia ecuatoriana, porque tal condición no implica que exista “*poder de mercado*”, ni implica que se haya abusado del mismo.

En concordancia, la Constitución del Ecuador señala claramente que lo que se busca evitar o sancionar es el abuso de poder de mercado, mas no la obtención de una alta participación de mercado.

La Constitución ecuatoriana de 2008 es clara al fijar sus objetivos en materia de competencia económica, mencionando entre ellos el mantener mercados eficientes, libres de prácticas de monopolio u oligopolio privado, o de “*abuso*” de posición de dominio en el mercado. Nótese que nuestra carta magna define así una política de competencia acorde con la tendencia de una amplia mayoría de la doctrina y la jurisprudencia comparada, al no penalizar de forma *per se* la obtención de una alta cuota de mercado, sino las acciones distorsionadoras de la competencia que se llevan a cabo para aprovecharse de dicho estatus.

Son varias las referencias constitucionales a la prohibición de prácticas atentatorias contra la competencia, destacando los artículos 335 y 336, que dicen:

*Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará*

*la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos. El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier **práctica** de monopolio y oligopolio privados, o de **abuso** de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.*

*Art. 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y **eficiencia** en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.*

Como se puede apreciar, se menciona la sanción a “*cualquier **práctica** de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal*”. Lo anterior resulta concordante con diversas disposiciones de la Constitución, como la contenida en el artículo 304, numeral 6:

Art. 304.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos:

6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.

El arriba citado artículo 7 de la LORCPM desarrolla estos objetivos explicita algo que la doctrina y la jurisprudencia comparada, en las cuales se inspiró nuestra Constitución y la LORCPM, viene señalando enfáticamente por décadas; en precisas palabras del reconocido académico, Alfredo Bullard:

*“...siguiendo la tendencia moderna, aceptada casi universalmente..., **no se considera como infracción la situación dominante en sí misma, sino el abuso que se haga de ella...** Una empresa de ciertas dimensiones, con una inversión importante de capital y con una participación importante en el mercado puede tener una serie de ventajas para competir con otras empresas que no gozan de tal posición. Mientras el uso de su posición*

*sea utilizado para generar eficiencia y con ello un mayor bienestar en los consumidores, dicho uso no debería ser cuestionado*<sup>13</sup>.

Los académicos americanos John H. Shenefield y Irwin M. Stelzer ratifican esta doctrina consolidada en el Derecho de la Competencia a nivel internacional, diciendo:

*“...in fact, there is nothing clearer in the antitrust laws than that pure, lawfully attained monopoly is not prohibited. That thought is sometimes expressed by courts when they say that monopoly power that results only from growth or development “as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident” is not objectionable*<sup>14</sup>.

El artículo 34 de la LOT objeto de análisis hace precisamente lo contrario: castiga a las empresas por su éxito comercial, sin importar cómo fue obtenido. A nuestro criterio, esta norma repite errores nocivos para el desarrollo económico que una amplia mayoría de países ya superaron hace muchos años en el desarrollo jurisprudencial y legislativo del Derecho de la competencia<sup>15</sup>, ignorando que al penalizarse la participación de mercado en lugar de su abuso, *“los incentivos para crecer se reducen, y con ello los incentivos para ser más eficiente*<sup>16</sup>.

Lamentablemente este artículo de la LOT reproduce los prejuicios ya superados de la época inicial del derecho antitrust, a la que Miranda Londoño llamaba etapa *“populista”* del derecho de la competencia.

---

13 Bullard, Alfredo. Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales (2da. Edición, Palestra), pp. 999.

14 Shenefield, John H. Y Stelzer, Irwin M., The Antitrust Laws: A Primer (AEI Press, 2001).

15 Sobre este particular tema, véase el trabajo clásico de Robert Bork, The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself (Basic Books, 1979).

16 Bullard, op. cit., p. 998.

IV. EL ART. 34 DE LA LOT ASUME QUE EXISTEN DISTORSIONES CUANDO EXISTEN ALTAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN, SIN TENER PRESENTES CONSIDERACIONES DE EFICIENCIA NI LAS CONDICIONES ESPECÍFICAS DEL MERCADO

El artículo 34 de la LOT parece asumir implícitamente la existencia de una distorsión en el mercado cuando existen altas cuotas de participación, sin tener presente consideraciones de eficiencia y las condiciones concretas del mercado relevante en el que se aplica.

La referencia a la eficiencia económica es sumamente relevante, pues su búsqueda es reconocida en la Constitución ecuatoriana, en la LORCPM y en su Reglamento, como uno de sus objetivos.

La LORCPM y su reglamento desarrollan este objetivo genérico estableciendo que para el análisis de las conductas presuntamente anticompetitivas se aplicará la *Regla de la Razón*, un análisis caso a caso, un procedimiento para la determinación de la existencia de poder de mercado (posición dominante), y que la existencia y reforzamiento de este poder de mercado no son en sí mismas anticompetitivas, como ya mencionamos.

En efecto, existe un procedimiento reglado para la determinación de mercados relevantes, y la determinación de la existencia de poder de mercado una vez determinado este mercado relevante. Un operador económico, para ser sancionado con una multa pecuniaria debe adecuarse a las conductas tipificadas como abuso de poder de mercado en el artículo 9 y 10 de la LORCPM, o en las conductas de acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia del artículo 11 de la LORCPM, o en las conductas de competencia desleal de los artículos 25 al 27 de la LORCPM. Por otra parte, la sanción en materia de competencia en Ecuador es precedida por un procedimiento de investigación y juzgamiento en el que los presuntos infractores ejercen su derecho a la defensa,

establecido en los artículos 53 al 64 de la LORCPM y 53 al 72 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM. Durante este procedimiento, incluso podrían aplicar a programas de clemencia mediante la suscripción de compromisos de cese con la Superintendencia.

De la misma manera, la normativa de competencia en Ecuador establece que la definición de mercados relevantes y la determinación de existencia de poder de mercado son facultad de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, y establece en el artículo 8 de la LORCPM los lineamientos generales para su determinación. Adicionalmente, la Junta de Regulación ha expedido una guía para la determinación de mercados relevantes. Estas normas no son aplicadas por la Ley de Telecomunicaciones en su artículo 34, ni por el reglamento que lo desarrolla, ya que definen directamente mercados relevantes sin acatar los criterios de la LORCPM, su reglamento y las Guías de la Junta de Regulación.

Teniendo en cuenta que la participación de mercado no es el único factor a considerarse, el Tribunal Europeo en el *leading case* Hoffman-La Roche ha resaltado su utilidad al decir que “*aunque la importancia de las cuotas de mercado puede variar de un mercado a otro, se puede legítimamente considerar que las cuotas de mercado muy altas, son en sí mismas, y salvo en circunstancias excepcionales, prueba de la existencia de una posición dominante*”<sup>17</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia norteamericana no le da la misma importancia.

Los académicos Christopher Bellamy y Graham Child afirman que de acuerdo a la jurisprudencia europea una cuota inferior al 30% en un mercado no es prueba de posición de dominio, excep-

---

17 Caso 85/76 Hoffmann La Roche c. Comisión (Rec. 1979, pág. 461) Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1979.

to en circunstancias excepcionales, a la luz de otros factores<sup>18</sup>. De acuerdo a los mismos autores, porcentajes que varíen entre 30% y 40% estarían también por debajo el nivel que indica posición dominante, por lo que se requieren para probar existencia de posición dominante, además: diferencias sustanciales entre cuotas de mercado de la empresa investigada y sus principales competidores, impedimentos significativos a la entrada, barreras legales, etc. Por su parte, porcentajes superiores al 40% suelen considerarse como prueba de existencia de posición de dominio, siempre en consideración de otros factores como la sustituibilidad de oferta y demanda o la ausencia de barreras de entrada.

Asimismo, suelen considerarse en este análisis el grado de evolución y madurez del mercado así como el elemento temporal, pues para determinar que existe posición dominante, las cuotas deben ser estables por un período considerable, que depende en particular de cada mercado y de las barreras de entrada existentes. En tal sentido, es generalmente aceptado que la existencia de altas cuotas de mercado en un mercado que se encuentra en primera fase de desarrollo y con pocas barreras a la entrada, no puede considerarse como prueba suficiente de una posición dominante<sup>19</sup>. Nada de esto ha sido considerado por el artículo 34 de la LOT ni el reglamento dictado para su aplicación.

Es también una práctica internacionalmente aceptada que en aquellos casos en el que existan elevadas cuotas de mercado pero que no son de tal magnitud que permitan concluir la existencia de una posición dominante, se debe comparar con las cuotas de los competidores más cercanos. Mientras mayor sea la diferencia mayores probabilidades de considerar a la empresa investigada

---

18 Bellamy, Christopher y Child, Graham. Derecho de la competencia en el mercado común. Op. cit, p. 517.

19 Decisión de la Comisión Europea, de 9 de noviembre de 1994, procedimiento incoado en virtud del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo (IV/M.469 - MSG Media Service) DO n° L 364 de 31/12/1994 pág. 1 – 0020.

como dominante. Lo dicho se ilustra con el caso español de *Bacardí*, marca de Ron que ostentaba un 70% de la cuota del mercado relevante. En este caso resuelto por el TDC Español en la que se afirma que:

*“Una elevada cuota de mercado de una empresa no determina necesariamente una posición de dominio para la misma. Es únicamente un factor que sólo con el concurso de otros puede procurar tal posición dominante... (la elevada cuota) llama la atención y obliga a esmerar la investigación para averiguar si hay una posición de dominio, pero no puede servir para declarar ésta sin más”*.<sup>20</sup>

Así, es una práctica generalmente aceptada que luego de obtenida la cuota de mercado de los operadores, éstas deben contrastarse con otros factores, a la luz de la posibilidad de que su comportamiento sea disciplinado competitivamente por terceros, ya sean actuales competidores con menor cuota, aquellas que variarían su producción hacia el producto relevante u otras que podrían ingresar al mercado. Por ejemplo, si empresas que tienen una menor cuota de mercado, tienen a la vez una gran capacidad instalada no activa (o capacidad instalada de fácil conversión), podrían reaccionar frente a un incremento de precios de la empresa presunta dominante poniendo en producción su capacidad instalada (o modificándola para participar en este mercado atractivo por los nuevos precios) por lo que ésta última no ostentaría poder de mercado. Landes y Posner sintetizan las “*correcciones*” que se deben efectuar una vez determinada la cuota de mercado, en el siguiente cuadro:<sup>21</sup>

---

20 TDC Español Expediente Bacardi. R 362/99 del 30 de septiembre de 1999.

21 Landes y Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Ob. Cit. 141

## ALGUNAS “CORRECCIONES” A LA ESTIMACIÓN DE CUOTA DE MERCADO

Condiciones de mercado	Existen sustitutos cercanos	Existen empresas que sin participar del mercado podrían hacerlo a muy bajo costo	Existen empresas competidoras que pueden fácilmente incrementar sus niveles de producción	Existe la posibilidad de ingreso de nuevos competidores
Carácter económico	Alta elasticidad de demanda	Alta elasticidad de oferta	Alta elasticidad de oferta	Alta elasticidad de oferta
"Corrección"	Incluir a esos sustitutos como parte del mercado relevante	Incluir en el cálculo de cuotas de mercado la producción de las empresas que podrían participar del mercado	Incluir en el cálculo de cuotas de mercado la capacidad de las empresas del segmento competitivo	No es fácil de ajustar. Se podría buscar evidencia de ingreso reciente y significativo

Fuente: Landes y Posner (2003).

La medición del poder de mercado únicamente en base a las cuotas de participación ha sido ampliamente criticada, y por ello requiere de contrastación, así como de un análisis casuístico.

Se ha mencionado que una de las maneras más exactas de medir el poder de mercado de una empresa, entendido como la capacidad de desviación del precio al nivel de producción maximizador de beneficios de la empresa, respecto del costo marginal de ella a dicho nivel de producción, sería a través del Índice de Lerner<sup>22</sup>. Éste fue ideado por el economista rumano Abba Lerner en 1934, para la medición del poder de monopolio, el índice de Lerner se expresa de la siguiente manera:

$$L_i = \frac{P_i - Cmg_i}{P_i} = \frac{1}{\epsilon_i^d}$$

22 Lerner, A.P. The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power. The Review of Economic Studies. V.1, n.3. Oxford Journals. 157-175

Donde  $L_i$  es el Índice de Lerner para la empresa  $i$ ;  $P_i$  y  $Cmgi$  son el precio y el costo marginal de la empresa  $i$  en el nivel de producción maximizadora de utilidad de la empresa ; y,  $Ed/i$  la elasticidad precio de la demanda de la empresa .

Este índice dará por resultado un valor situado entre cero y uno. Cuando mayor sea el Índice de Lerner mayor será el poder de mercado de la empresa (en un mercado perfectamente competitivo el precio será igual al costo marginal con lo que el Índice de Lerner será igual a 0) .

El Índice de Lerner también puede obtenerse en función de la cuota de mercado ( $S_i$ ) de la empresa, la elasticidad de demanda del mercado ( $Ed/m$  ) y la elasticidad de la oferta de las firmas competidoras ( $Es/j$  ), relación expresada en la siguiente formula:

$$L_i = \frac{P_i - Cmg_i}{P_i} = \frac{S_i}{\epsilon_m^d + \epsilon_j^s(1 - S_i)}$$

Sin embargo, el problema con la aplicación de este índice es que se requiere de información de difícil cálculo y de información estadística escasa y de costosa obtención, además de que, como sostiene Ginebra Serrabou, *“parece que los tribunales padezcan alergia a cualquier fórmula matemática –incluido, por supuesto, el Índice de Lerner–”* reflejada en la tendencia a refugiarse en la cuota de mercado para determinar la existencia de posición de dominio.

Por ejemplo, en mercados con escasas barreras de entrada y alto grado de disputabilidad, la cuota de mercado no demuestra que exista poder de mercado. Así, múltiples decisiones de Cortes de Apelación en los Estados Unidos se han pronunciado diciendo que *“la cuota de Mercado es solamente una forma de estimar el*

*poder de Mercado, como la última consideración. Cuando existen mejores formas de estimar el poder de mercado, la Corte debe usarlas.*<sup>23</sup>

Esto resulta de trascendental importancia, pues la fórmula implementada en el Reglamento para la Aplicación del Artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones para exigir un mayor cobro de esta contribución por concentración de mercado, no es más que una fórmula de calcular una cuota de mercado en un período trimestral, con cada mes de dicho trimestre como variable de la fórmula, así:

FÓRMULA ART. 7 REGLAMENTO PARA APLICACIÓN  
DEL ART. 34 DE LA LOT

$$\text{PPM} = \frac{\text{NAP}_1 + \text{NAP}_2 + \text{NAP}_3}{\text{NTA}_1 + \text{NTA}_2 + \text{NTA}_3} \times 100$$

*En donde:*

*PPM: participación porcentual de mercado de un prestador de servicios de telecomunicaciones o por suscripción, en un trimestre determinado.*

*NAP1, NAP2, NAP3: número total de abonados, suscriptores y/o clientes para cada mes del trimestre, respectivamente, del prestador respecto del cual se calcula la participación en un determinado mercado de prestación de servicios de telecomunicaciones.*

*NTA1, NTA2, NTA3: número total mensual de abonados, suscriptores y/o clientes para cada mes del trimestre, respectivamente, en el mercado de prestación de servicios de telecomunicaciones determinado para el efecto, considerando a los abonados, clientes o suscriptores de prestadores tanto públicos como privados.*

23 Ginebra Serrabou, Xavier. Teoría General del Derecho de la Competencia. Ob. Cit. 107

Por su parte, la formulación tradicional para el cálculo de una cuota de mercado es la siguiente, resaltando su similitud con la fórmula arriba citada:

FÓRMULA DE CÁLCULO DE CUOTA DE MERCADO:

$$\text{Cuota de mercado} = \frac{(\text{Ventas del operador en el mercado})}{(\text{Ventas totales del mercado})}$$

O

$$\text{Cuota de mercado} = \frac{(\text{Unidades vendidas por el operador en el mercado})}{(\text{Total de unidades vendidas en el mercado})}$$

Es así que la formulación prevista para el cálculo de la contribución por concentración de mercado, se basa en una simple fórmula de cálculo de cuota de participación trimestral, en base a la cual se ubica al operador económico en la tabla progresiva de contribución del Art. 34 y se establece el porcentaje que le corresponde pagar, sin ninguna otra consideración.

4.1 LA REGLA DE LA RAZÓN COMO DERIVACIÓN DEL PRINCIPIO DE EFICIENCIA: LA PRESUNCIÓN IMPLÍCITA EN EL ARTÍCULO 34 NO ES COHERENTE CON LOS CANONES DE DETERMINACIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS PRESENTES EN LA LORCPM

Como se mencionó anteriormente, en virtud de haber acogido a la eficiencia económica como su objetivo, la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado se acoge a la llamada **Regla de la Razón** (*rule of reason*), que permite que una conducta que en principio pudiese ser considerada como anticompetitiva, pero que en realidad está beneficiando al sistema competitivo y a los consumidores, no sea sancionada.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Marín Sevilla, Marcelo et al. Régimen de Competencia. Ob. Cit. p.182

La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (LORCPM) menciona en su artículo 1 a la eficiencia en los mercados como uno de sus objetivos, en concordancia con las disposiciones constitucionales citadas:

*Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, **buscando la eficiencia en los mercados**, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.<sup>25</sup>*

Este objetivo está también alineado con el texto de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, cuyo artículo 1 dice que: “*tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la **eficiencia en los mercados y el beneficio a los consumidores***”.

En concordancia, este criterio es desarrollado por el Reglamento para la Aplicación de la LORCPM, que al establecer los “*Criterios generales de evaluación*”, dice que:

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

En concordancia, en el análisis de casos la Superintendencia aplica la llamada “*Regla de la Razón*”, y le corresponde la carga

---

25 Art. 1 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

de la prueba en todos los casos, salvo aquellos que impliquen cartelización y aquellos en los que el investigado dificultare o impidiere el acceso a información relevante. Así el parágrafo quinto del artículo 48 de la LORCPM, dice:

*“La carga de la prueba corresponderá a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin perjuicio de las pruebas aportadas por el denunciante y el denunciado. Sin embargo, en el caso de los acuerdos y prácticas prohibidas de conformidad con el artículo 11 de la presente Ley, si un operador económico o persona negare, dificultare o impidiere el acceso a información; dañare ocultare u omitiere información o entregase información falsa, fraudulenta, engañosa, falaz, fingida, artificiosa, irreal o dolosa requerida o relacionada al operador económico o persona en una investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se invertirá la carga de la prueba a dicho operador económico o persona, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la ley.”*

Las únicas presunciones de realización de prácticas anticompetitivas en las que se además se invierte la carga de la prueba contra el operador, son las relacionadas con cartelización, según el artículo 8 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, que dice que:

*Art. 8.- Presunción de práctica restrictiva.- Se presumirá que tienen por objeto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, que afectan negativamente a la eficiencia económica y al bienestar general, todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general cualquier acto o conducta realizados por dos o más operadores económicos, competidores, reales o potenciales, que directa o indirectamente:*

- 1. Fijen de manera concertada o manipulen precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambien información con el mismo objeto o efecto.*
- 2. Repartan, restrinjan, limiten, paralicen, establezcan obligaciones o controlen concertadamente la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios.*
- 3. Repartan de manera concertada clientes, proveedores o zonas geográficas.*

*4. También están sujetos a la presunción establecida en este artículo los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público.*

*Para los casos de prácticas entre competidores, reales o potenciales, distintas a las señaladas en este artículo, así como las prácticas entre no competidores, reales o potenciales, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado analizará, caso por caso, si la conducta tiene por objeto o efecto, real o potencial, impedir, restringir falsear o distorsionar la competencia, afectar negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.*

Para la aplicación de estas normas, la Superintendencia en el ejercicio de sus actividades de control y sanción, debe aplicar los criterios establecidos por el artículo 7 y 8 de la LORCPM para la determinación del poder de mercado, que, como se dijo, no es en sí misma una infracción. Estos criterios son enunciados en el texto legal de la siguiente forma:

*“Art. 7.- Poder de mercado.- Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado. **La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general.** Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley. ”*

- Art. 8.- Determinación del Poder de Mercado.-** Para determinar si un operador económico tiene poder de mercado **en un mercado relevante**, debe considerarse, entre otros, uno o varios de los siguientes criterios:
- a. Su **participación en ese mercado**, de forma directa o a través de personas naturales o jurídicas vinculadas, y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder.
  - b. La existencia de **barreras a la entrada y salida**, de tipo legal, contractual, económico o estratégico; y, los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores.
  - c. La **existencia de competidores, clientes o proveedores y su respectiva capacidad de ejercer poder de mercado**.
  - d. Las **posibilidades de acceso del operador económico y sus competidores a las fuentes de insumos, información, redes de distribución, crédito o tecnología**.
  - e. Su **comportamiento reciente**.
  - f. La **disputabilidad del mercado**.
  - g. Las **características de la oferta y la demanda** de los bienes o servicios; y,
  - h. El grado en que el bien o el servicio de que se trate sea **sustituible**, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas y el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución.

Se observa que la participación o cuota de mercado es solamente uno de 8 criterios enlistados por la Ley para la determinación de la existencia de poder de mercado. El artículo 34 de la Ley de Telecomunicaciones y su reglamento de aplicación no contemplan ninguno de los demás factores mencionados por la legislación ecuatoriana de competencia.

Estos criterios de análisis guardan concordancia con el artículo 9 de la Decisión 608 de la CAN, que establece que existe posición dominante en el mercado cuando se cumplan las condiciones siguientes:

*Art. 9.- Se entenderá que uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tengan la posibilidad de*

*restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad.*

A pesar de que el art. 34 de la LOT establece la contribución por cuota de mercado ya citada, no existe en la legislación ecuatoriana disposición alguna que excluya al mercado de telecomunicaciones de la aplicación de la LORCPM ni de las competencias de la Superintendencia, como se ha hecho por ejemplo con este mismo sector en la legislación peruana<sup>26</sup>.

Por esto, no cabe argumentar que este mercado deba ser tratado de distinta manera, estableciendo una presunción (y obligación pecuniaria) en contra de los operadores de este mercado, por el hecho de alcanzar determinado porcentaje de participación de mercado, que en todos los demás mercados no acarrea sanción, multa o pago alguno.

#### 4.2. EL ARTÍCULO 34 DE LA LOT DESATIENDE LOS LINEAMIENTOS DE LA LORCPM PARA LA DETERMINACIÓN DE MERCADOS RELEVANTES. DICHA DETERMINACIÓN SIEMPRE DEBE HACERSE CASO POR CASO, ATENDIENDO LOS LINEAMIENTOS ESTABLECIDOS EN LA NORMATIVA VIGENTE

Como es de conocimiento general, la definición del mercado relevante es el punto de partida de todo proceso en materia de competencia, de la cual dependen en gran medida los resultados finales de la investigación, ya que si se define erradamente, las conclusiones serán erradas.

---

26 En el caso peruano, es el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTTEL) el encargado de aplicar la Ley de Defensa de la Libre Competencia en el mercado de telecomunicaciones. OSIPTTEL fue creado el 11 de julio de 1991 mediante Decreto Legislativo N° 702.

Según la LORCPM, la determinación del mercado relevante debe hacerse caso por caso, y su determinación le corresponde a la Superintendencia según los criterios determinados por el Art. 5 de la LORCPM. El artículo 34 de la Ley de Telecomunicaciones y el reglamento para su aplicación, realizan una definición de mercados que desatiende estos criterios.

El artículo 5 de la LORCPM dice:

*Art. 5.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado. El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.*

*El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.*

*La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.”*

La definición del mercado relevante corresponde exclusivamente a la Autoridad de Competencia, en nuestro caso la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, por disposición

expresa de la ley, sin embargo, las partes en uso de sus facultades procesales pueden demostrar a ella cuál es el mercado relevante y realizar observaciones a su definición.

Para definir el mercado relevante, una primera tarea consiste en individualizar el mercado o el nivel de éste en el que opera la empresa o empresas que se investiga, siendo posible que las empresas en cuestión operen en diversos mercados o dentro de un mercado amplio con varios submercados. Una segunda tarea es la determinación material del mercado; en palabras de Ginebra Serrabou “*el mercado relevante es el espacio en el que los bienes o servicios son intercambiables o no por otros*” por esto, no se debe considerar únicamente el bien o producto con sus esencialmente idénticos, sino sus productos sustitutos que pueden servir para un mismo uso, siendo comparables sea por su naturaleza, origen, funciones, precio, entre otras variables .

En la Comunidad Europea, la Comunicación No. 372 referente a la definición del mercado relevante a efectos de la normativa comunitaria, señala que:

*“Las empresas se ven sometidas a tres fuentes principales de presiones en los asuntos de competencia: sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta, y competencia potencial”.*

En concordancia con estos criterios, y a fin de dar garantías en la determinación técnica de los mercados relevantes, la Junta de Regulación de la LORCPM, en uso de sus facultades regulatorias dictó las “*Guías para la determinación de mercados relevantes*”, de aplicación obligatoria por la Superintendencia, en la que se establecen los métodos a usarse para la determinación de mercados relevantes<sup>27</sup>.

---

27 <http://www.produccion.gob.ec/wp-content/uploads/2015/01/Resoluci%C3%B3n-006-GU%C3%8DA-RESPECTO-A-LOS-M%C3%89TODOS-DE-AN%C3%81LISIS-DE-MERCADOS-RELEVANTES.pdf>

Estos métodos son desatendidos e inaplicados por el Art. 34 de la Ley de Telecomunicaciones y el reglamento para su aplicación, que definen, directamente y sin justificativo, algunos mercados sujetos al pago de esta contribución.

El art. 9 del Reglamento aplicable al cobro de esta contribución, expresamente determina que el mismo se realizará “*con base en los mercados de prestación de servicios de telecomunicaciones y por suscripción determinados por la ARCOTEL*”, contradiciendo la normativa de competencia. Asimismo, la Disposición General Tercera de dicho reglamento emite un “*Listado de mercados*”, sin expresar ningún sustento de cómo se definió dichos mercados relevantes.

Entre los métodos previstos en las Guías para determinación de mercados relevantes de la Junta de Regulación, se encuentran el test del monopolista hipotético o SNNIP, el test de elasticidad precio de la demanda o elasticidad propia, el test de elasticidad precio cruzado de la demanda, la prueba de correlación de precios, la prueba de sustitución de la oferta o SSS, la prueba de sustitución casi universal o NUS, la prueba de Elzinga-Hogarty, el test de isócronos, la prueba de costos de transporte, entre otros, ninguno de los cuales es considerado en el Reglamento para la aplicación del artículo 34 de la Ley de Telecomunicaciones.

#### 4.3 LA REGULACIÓN SECTORIAL EN MATERIA DE COMPETENCIA CORRESPONDE A LA JUNTA DE REGULACIÓN, LA DELEGACIÓN REGULATORIA A ARCOTEL ES EN SÍ MISMA CUESTIONABLE

Cabe mencionar que la constitucionalidad y legalidad de la delegación regulatoria dada ARCOTEL para definir mercados sujetos a la contribución del Art. 34 de la LOT, es en sí misma discutible, dado que contradice una delegación ya realizada a favor de la Junta de Regulación de la LORCPM en materia de regulación sectorial.

El Art. 35 de la LORCPM es claro en su parte pertinente al delegar la regulación sectorial a la Junta, diciendo “*La regulación estará a cargo de la Junta de Regulación, cuyas atribuciones estarán establecidas en el Reglamento General a esta ley, exclusivamente en el marco de los deberes y atribuciones establecidos para la Función Ejecutiva en la constitución (...)*”. Estas competencias son mencionadas en los artículos 49 y 50 del Reglamento:

*“Art. 49.- Regulación sectorial.- La regulación técnica, económica y de acceso a insumos e infraestructura en cada uno de los sectores regulados corresponderá a la agencia de regulación y control o al órgano del poder público competente para emitir dicha regulación de conformidad con la ley.*

*La regulación para la aplicación de la Ley respecto al control del abuso de poder de mercado y demás prácticas restrictivas tipificadas en la Ley en los sectores regulados corresponderá a la Junta de Regulación.*

*El juzgamiento y sanción de las infracciones establecidas en la Ley corresponderá exclusivamente a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.”*

Es claro de la lectura del citado artículo 49 del Reglamento a la LORCPM, que la competencia para emitir regulaciones en materia de competencia es exclusiva de la Junta de Regulación, mientras los organismos de control sectorial –como en este caso sería ARCOTEL- tienen competencia sobre regulación técnica, económica y de acceso a insumos e infraestructura. Por tanto, el artículo 34 de la Ley de telecomunicaciones y el reglamento dictado para el cobro de la contribución establecida en éste, invade un área reservada para la regulación por parte de la Junta de Regulación.

Los ámbitos de la regulación sectorial son definidos y delimitados por el Art. 49 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM. Si el objeto del Art. 34 de la Ley de Telecomunicaciones es el de promover la competencia o evitar las distorsiones a la competencia en el sector de las, su contenido normativo sería una

Regulación Sectorial, por lo que su emisión sería exclusivamente competencia de la Junta de Regulación. El mencionado artículo 50 del Reglamento a la LORCPM, dice:

*“Art. 50.- Ámbitos de la regulación sectorial.- La regulación sectorial incluirá al menos los siguientes ámbitos:*

*a) Regulación económica, consistente en adoptar medidas para establecer tarifas o precios regulados, evitar distorsiones en los mercados regulados, evitar el reforzamiento del poder de mercado o garantizar el acceso de los usuarios a los servicios públicos.*

*b) Regulación técnica, consistente en establecer y supervisar las normas para garantizar la compatibilidad, la calidad del servicio y solucionar las cuestiones relacionadas con la seguridad y el medio ambiente.”*

De la lectura del citado artículo 50 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, resalta que dentro de los ámbitos de regulación sectorial de competencia exclusiva de la Junta de Regulación, se menciona el *“evitar distorsiones en los mercados regulados, evitar el reforzamiento del poder de mercado o garantizar el acceso de los usuarios a los servicios públicos”*.

La competencia sobre regulación sectorial de la competencia conferida por el artículo 26 de la LOT<sup>28</sup> no confiere una nueva facultad para regulación sectorial de la competencia apartándose de los principios de la LORCPM, sino remite a ARCOTEL a la misma al ordenar que *“observará los lineamientos para la regulación y principios aplicables conforme al ordenamiento jurídico vigente”*, siendo éste –en lo pertinente– la LORCPM y su Reglamento. Además, no otorga carta blanca para establecer un

---

28 **Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Art. 26.- Regulación sectorial.** La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, dentro del ámbito de sus competencias, **observará los lineamientos para la regulación y principios aplicables conforme al ordenamiento jurídico vigente**, a fin de coadyuvar a través de la regulación sectorial de telecomunicaciones que para el efecto emita y sus acciones, en el fomento, promoción y preservación de las condiciones de competencia en los mercados correspondientes que para el caso determine.

marco “aparte” de regulación sectorial de la competencia en el mercado de telecomunicaciones, como en el caso peruano, sino al contrario, manda “*coadyuvar a través de la regulación sectorial*” el fomento y preservación de las condiciones de competencia. Es entonces claro que, en concordancia con el art. 49 y 50 del Reglamento a la LORCPM citados, ARCOTEL habría extralimitado sus competencias al emitir el Reglamento para la aplicación del Artículo 34 de la LOT.

V. EL ANÁLISIS ARTÍCULO 34 DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES  
REVELA LA EXISTENCIA DE UNA FINALIDAD ENCUBIERTA  
DE CARÁCTER RECAUDATORIO.

La medida dispuesta en el artículo 34 de la LOT—la obligación del pago de un porcentaje de las ventas en función de la participación de mercado—no constituye a nuestro criterio un medio idóneo para cumplir el supuesto “*fin de evitar las distorsiones en el mercado de servicios de telecomunicaciones y servicios por suscripción y promover la competencia*”. La única consecuencia de la aplicación de dicha obligación sería la recaudación de mayores recursos para el fisco.

El artículo no prevé otros mecanismos destinados a remover las condiciones constitutivas—participación de operadores, barreras de entrada o salida, independencia frente a competidores, etc.—de la eventual distorsión a la que alude. Lo cual revela que la disposición contenida en el artículo 34 de la LOT tiene una finalidad encubierta de naturaleza recaudatoria o fiscalista.

Basta usar un caso hipotético para evidenciar que bajo ningún supuesto el artículo 34 serviría para el fin que dice perseguir según su texto. Imaginemos que existe un operador de telefonía celular que concentra el 52 por ciento del mercado. Asumiendo

también -en contra de toda la tendencia analizada en el Derecho de la Competencia—que esa sola condición es suficiente para determinar que existe distorsión en las condiciones competitivas del mercado de telecomunicaciones. Al aplicarse la contribución dispuesta en el Art. 34 objeto de análisis, el operador en cuestión tendría que pagar al Estado el monto equivalente al 3 por ciento de su volumen total de facturación cada tres meses. Ello sin duda es una enorme carga pecuniaria en cualquier circunstancia, dado que al gravarse los ingresos a secas, no se deducen del mismo sus costos, lo que resulta en una importante captación de ingresos por parte del fisco. Pero, las condiciones de competencia en dicho mercado no habrían cambiado por ello.

De hecho, el operador en ciernes seguiría manteniendo su participación de mercado intacta, y nada le impediría seguir afianzándola, inclusive, pudiendo trasladar este coste adicional a los consumidores.

La única conclusión lógica posible es que el legislador incluyó dicha disposición con el ánimo de recaudar más recursos para el Estado, y no para defender la competencia en los mercados de telecomunicaciones, lo cual lamentablemente se confirma al analizar los antecedentes legislativos del proyecto de ley.

Al revisar los borradores y oficios de remisión del proyecto de ley original, el texto del actual artículo 34 mencionaba incluso que *“La recaudación de estos valores la realizará el Servicio de Rentas Internas”*, disposición que posteriormente no fue incluida, pues se delegó esta facultad de recaudación a ARCOTEL.

Sin embargo, la presencia del Derecho Tributario en la LOT no fue totalmente eliminada, pues resulta llamativo además que, en caso de mora en el pago, el reglamento de la LOT en sus artículos 11 y 14 establece expresamente como tasa para el cálculo de los intereses por mora a favor de las instituciones del Estado lo dispuesto el Código Tributario:

*Art. 11.- Para el cálculo de los intereses por mora, se aplicará la tasa señalada para todas las obligaciones en mora a favor de las Instituciones del Estado, la misma que será aplicada de acuerdo al Código Tributario en vigencia a la fecha que debió realizarse el pago trimestral, en caso de que el pago no se realice o se realice con posterioridad a la fecha máxima de pago; sin perjuicio del pago, compensación u otras obligaciones que puedan generarse con posterioridad en relación con la reliquidación que se realice por parte de la ARCOTEL.*

*Art. 14.- La ARCOTEL efectuará devoluciones totales o parciales de los valores que se hubieren recaudado, mediante notas de crédito, de los valores que se hubieran cobrado en exceso, cuando por razones técnicas, legales o administrativas así se establezca, con base en los resultados del proceso de reliquidación.*

*Así mismo, con base en los resultados del proceso de reliquidación, en el caso de determinación de valores a favor de la ARCOTEL, para el cálculo de los intereses por mora, se aplicará la tasa señalada para todas las obligaciones en mora a favor de las Instituciones del Estado, la misma que será aplicada de acuerdo al Código Tributario que se encuentre en vigencia al 31 de diciembre del año respecto del cual se realiza la reliquidación de pago.”*

En otras palabras, bajo la etiqueta de defender de la competencia, se castiga una conducta en el ámbito del mercado de telecomunicaciones que sería perfectamente permitida por la legislación vigente en cualquier otro sector, invirtiendo así la lógica de la regulación de la competencia vigente en el marco jurídico en el que se inserta. Los borradores del proyecto de ley y los citados artículos de ella, revelarían su original conformación propia del derecho tributario y no del derecho de la competencia, incluso más allá de la similitud de la tabla usada en el artículo 34 de la LOT con la tabla progresiva aplicable para el cálculo del Impuesto a la Renta según la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno.

## VI. EL ARTÍCULO 34 DE LA LOT PODRÍA IMPLICAR UNA ALTERACIÓN DE LOS TÉRMINOS CONTRACTUALES DE LAS CONCESIONES OTORGADAS, COMO UN AUMENTO ENCUBIERTO DEL PRECIO DE LA CONCESIÓN A LOS OPERADORES DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

Si descartamos en base a los fundamentos precedentes que el art. 34 de la LOT y la contribución en el establecido sean normas propias del derecho de la competencia, corresponde analizar brevemente qué tipo de norma constituye, y qué tipo de contribución recauda el Estado Ecuatoriano por medio de ella. Planteamos que la contribución del art. 34 de la LOT puede ser considerada con fundamento un incremento de las regalías previstas en los contratos de concesión de uso de espectro radioeléctrico suscritos por las operadoras de telecomunicaciones, o como una multa por alcanzar cierta cuota de mercado, en cuyo caso tenemos ciertas reservas.

### 6.1 LA CONTRIBUCIÓN DEL ART. 34 COMO UN INCREMENTO DE REGALÍAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

Al no recibir las operadoras de telecomunicaciones ningún servicio adicional (no cubierto ya por el contrato de concesión para usar el espectro radioeléctrico) por el pago de esta contribución, y al ser la Tasa un *“tributo cuya obligación está vinculada jurídicamente a la actividad del estado, relacionada directamente con el contribuyente”*, podría interpretarse esta nueva contribución del Art. 34 de la LOT como un incremento del valor ya pagado por concepto de regalías o derechos de concesión de los contratos suscritos por las operadoras de telecomunicaciones con el Estado.

Este incremento no sería una tasa –también llamadas derechos o pago por derechos- porque ellas implican una contraprestación de

parte del sujeto pasivo (Estado), que en este caso ya está cubierta por los pagos realizados por concepto de concesión.

## 6.2 LA CONTRIBUCIÓN DEL ART. 34 COMO UNA MULTA ADMINISTRATIVA QUE INCREMENTA EL COSTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

Podría también considerarse a la contribución objeto de este análisis como una multa, desatada por la “*infracción*” de conseguir un determinado porcentaje de clientes, abonados o suscriptores, considerado por la ley como antijurídico. “*Una multa es una pena pecuniaria impuesta por autoridad competente, por una acción u omisión que ocasiona una infracción que la ley prevé debe ser sancionada con este tipo de pena*” . Sin embargo, las acciones u omisiones que suponen infracción deben estar tipificadas como tales en la ley según la Constitución ecuatoriana, lo cual no es el caso.

Adicionalmente, considerar la consecución de una determinada cuota de mercado como antijurídica, iría también en contra de las disposiciones expresas de la LORCPM, normativa específica en materia de competencia en el Ecuador.

## 6.3 EL ART. 34 Y LA LEY 42 PETROLERA: PRECEDENTES ARBITRALES

Con estos antecedentes, resultaría legítimo y posible considerar que la entrada en vigencia de la contribución por concentración de mercado impuesta por el art. 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, habría modificado tácitamente el contrato de concesión existente entre las telefónicas internacionales privadas que operan en Ecuador, y el Estado Ecuatoriano, alterando el precio pactado, por cuanto la contribución por concentración de mercado incrementa el costo de operar el derecho de concesión conferido por esos contratos.

Habiéndose descartado en los apartados pertinentes que esta contribución constituya una medida propia de la legislación de

competencia ecuatoriana, cabe pensar que la misma es una disposición legal que alteraría el contenido del contrato de concesión, siendo su referencia a la finalidad de promover la competencia y evitar distorsiones en el mercado, meramente pretextual o nominal.

La situación guarda cierta similitud con el caso de la llamada “Ley 42” ecuatoriana, que en materia petrolera, elevó la participación del Estado Ecuatoriano sobre las “*ganancias extraordinarias*” obtenidas por el alto precio del petróleo, del 50% al 99%. La ley en este caso fue utilizada como mecanismo de presión para obligar a renegociar los contratos de participación, entonces vigentes, a fin de convertirlos en contratos de prestación de servicios, nuevos contratos que posteriormente debieron suscribir las empresas petroleras operantes en Ecuador.

En ese caso, varias compañías petroleras perjudicadas demandaron en múltiples casos arbitrales al Ecuador ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI, y otros organismos de arbitraje internacional, argumentando que la citada Ley 42 modificaba los contratos y alteraba la economía de los mismos, fuera de los límites de la potestad de *jus variandi* conforme al derecho ecuatoriano.

En laudos favorables a las empresas petroleras Oxy y Perenco, el CIADI acogió buena parte de los argumentos de estas empresas respecto de la modificación de los contratos. Así por ejemplo, en el laudo PERENCO, el Tribunal del CIADI dijo:

“410. En la opinión del Tribunal, a partir del 4 de octubre de 2007, los Contratos de Perenco eran contratos de participación sólo en nombre; el Decreto 662 modificó completamente el objeto de los Contratos tal como era entendido conforme al derecho ecuatoriano. De ello sigue que el Decreto 662 no puede ser justificado como un ejercicio legítimo de la potestad de *jus variandi* conforme al derecho ecuatoriano.

411. Por tanto, en la opinión del Tribunal, con la modificación del 50% hasta el 99%, la Demandada incumplió los Contratos de Participación. Sin importar lo que hubiera podido suceder en negociaciones conforme

a la cláusula 11 sobre el impacto en la economía de los Contratos de la Ley 42 al 50%(si hubieran ocurrido), la modificación del 50% al 99%, en la opinión del Tribunal, ya no era un intento de exigir una distribución equitativa de las ganancias extraordinarias generadas por un aumento inesperado y significativo de los precios del petróleo, y no puede ser justificado conforme a los principios aplicables del derecho ecuatoriano para el ejercicio de la potestad de *jus variandi*<sup>29</sup>

*Mutatis mutandis*, en el presente caso el Art. 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, podría implicar un cambio en el costo del contrato de concesión, debido a que como se indicó arriba:

- a. Establece un costo adicional, calculado en función de los ingresos brutos totales anuales, con recaudación trimestral.
- b. No proviene de la prestación de ningún servicio adicional, ni ampliación del uso del espectro, ni ninguna otra contraprestación por parte del Estado.
- c. El contrato de concesión ya prevé un porcentaje de pago variable por ingresos de servicio que efectúan las telefónicas a favor del Estado Ecuatoriano<sup>29</sup>.
- d. La contribución del art. 34 podría interpretarse como un mero incremento de este porcentaje.

## VII. CONCLUSIONES

Con base a lo analizado en este artículo, llegamos a concluir que el Art. 34 de la LOT ecuatoriana, no es una medida propia del derecho de la competencia ecuatoriana, por estar en contradicción directa con las disposiciones de la LORCPM respecto de la determinación

---

29 Cláusulas 18.1 y 18.2 del Contrato de Concesión de CONECEL S.A. y OTECEL S.A. con el Estado Ecuatoriano, citado por JIMÉNEZ ILLESCAS, JUAN. Propuesta de optimización de los parámetros de calidad de servicio en base al análisis de los contratos de Servicio Móvil Avanzado de CONECEL S.A. y OTECEL S.A. p. 30 y 31. <http://bibdigital.epn.edu.ec/bitstream/15000/4530/1/CD-4147.pdf>

de mercados relevantes, de la determinación de existencia de poder de mercado, y de la consideración jurídica de la posesión e incremento de dicho poder, que no es considerado ilegal, como sí lo es su abuso mediante las conductas previstas en la ley.

Concluimos también que el citado art. 34 de la LOT contradice la tendencia global del derecho de la competencia a no sancionar la tenencia de una elevada participación de mercado por sí misma, sino a juzgar el ejercicio de posición dominante a la luz de otros factores como la contestabilidad del mercado, su madurez, entre otras, así como las eficiencias que podría generarse con determinada conducta analizada, aplicando para ello la regla de la razón.

Asimismo, concluimos que la referencia a la protección de la competencia como objetivo del Art. 34 de la LOT sería meramente nominal, siendo utilizada como un pretexto, pues guarda mayor similitud y concordancia con normas propias del derecho tributario, lo que se confirma además al revisar la redacción de los borradores originales del proyecto de ley.

Finalmente, mostramos nuestra preocupación porque esta contribución incrementa los costes y altera la economía de los contratos de concesión de espectro radioeléctrico suscritos por el Estado Ecuatoriano con las operadoras de telecomunicaciones, que podrían desatar a futuro importantes demandas arbitrales en contra del Estado Ecuatoriano.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bellamy, Christopher y Child, Graham. Derecho de la competencia en el mercado común. Civitas, 1992.
- Bork, Robert. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. Basic Books, 1979.
- Bullard, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima, Perú. Editorial Palestra, Segunda Edición. 2003.

- Caso 85/76 Hoffmann La Roche c. Comisión (Rec. 1979, pág. 461)  
Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1979.
- Creación del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) mediante el Decreto Legislativo N° 702 de Fecha 11 de julio de 1991, Perú. Guía Respecto de la Determinación de Mercados Relevantes, Resolución 006 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Disponible en: <http://www.produccion.gob.ec/wp-content/uploads/2015/01/Resoluci%C3%B3n-006-GU%C3%8DA-RESPECTO-A-LOS-M%C3%89TODOS-DE-AN%C3%81LISIS-DE-MERCADOS-RELEVANTES.pdf>
- Decisión de la Comisión Europea, de 9 de noviembre de 1994, procedimiento incoado en virtud del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo (IV/M.469 - MSG Media Service) DO. n° L 364 de 31/12/1994
- Decreto Ejecutivo 1614 referente a las “Normas para la aplicación de la Decisión 608 de la CAN Registro Oficial No. 558 - Viernes 27 de Marzo de 2009
- Echeverría, Julio. “El Estado en la nueva constitución”, en “La Nueva Constitución del Ecuador” ANDRADE, SANTIAGO et. Al, editores. Quito, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2008.
- Ginebra Serrabou, Xavier. Teoría General del Derecho de la Competencia. México D.F., Editorial Porrúa, 2012.
- Instituto Federal de Telecomunicaciones, Preponderancia, México. Disponible en <http://www.ift.org.mx/industria/politica-regulatoria/preponderancia-telecom>
- Jiménez Illescas, Juan. Propuesta de optimización de los parámetros de calidad de servicio en base al análisis de los contratos de Servicio Móvil Avanzado de CONECEL S.A. y OTECEL S.A. disponible en: <http://bibdigital.epn.edu.ec/bitstream/15000/4530/1/CD-4147.pdf>
- Shenefield, John H. Y Stelzer, Irwin M. The Antitrust Laws: A Primer. AEI Press, 2001.

- Kroees, Neelly. Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82. Disponible en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-05-537\\_en.doc](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-537_en.doc)
- Landes, W. y Posner, R. The Economic Structure of Intellectual Property Law. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachussets, 2003. Disponible en [https://www.amherst.edu/system/files/media/1592/Landes\\_Posner.pdf](https://www.amherst.edu/system/files/media/1592/Landes_Posner.pdf)
- Lerner, Abba.P. The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power. The Review of Economic Studies. V.1, n.3. Oxford Journals.
- Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Registro Oficial, Suplemento 555, 13 de octubre de 2011.
- Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Registro Oficial Nro. 439. 18 de Febrero de 2015.
- Marín Sevilla, Marcelo et al. Régimen de Competencia, Digesto Ecuatoriano. Universidad de los Hemisferios, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2013.
- Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Registro Oficial Suplemento Nro. 687, 25 de enero de 2016.
- Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Registro Oficial Nro. 697. 07 de Mayo de 2012.
- Reglamento para la aplicacion del pago por concentracion de mercado para promover la competencia. Resolucion 006-05-ARCO-TEL-2015. Registro Oficial Suplemento 563. 12 de Agosto de 2015.
- Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, TDC, Español Expediente Bacardi. R 362/99 del 30 de septiembre de 1999
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 14 de febrero de 1978, asunto 26/76, Rec. 1978, 207.