

RESOLUCIÓN-347-13-CONATEL- 2010

CONSEJO NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES

CONATEL

CONSIDERANDO:

Que, el Estado ecuatoriano, representado por la Superintendencia de Telecomunicaciones, el 26 de agosto de 1993, ante la Notaria Segunda del Cantón Quito, otorgó a favor de la compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. – CONECEL, autorización por quince años, para instalar, operar y mantener en óptimas condiciones un sistema de telefonía móvil celular (STMC), en distintas áreas geográficas del país.

Que, mediante escritura pública otorgada el 2 de mayo de 1997, ante el Notario Sexto del Cantón Quito, el Estado ecuatoriano, representado por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, previa autorización del CONATEL, celebró el *"Contrato Ratificatorio, Modificadorio y Codificadorio del Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular (STMC) y de Autorización para Uso de Frecuencias Esenciales"*, hasta el 26 de agosto de 2008.

Que, mediante escritura pública suscrita el 7 de marzo de 2005, ante el Notario Trigésimo Cuarto del Cantón Quito, el Estado ecuatoriano, representado por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, previa autorización del CONATEL, otorgó a favor de CONECEL S.A. un contrato ampliatorio de cobertura geográfica nacional.

Que, en atención a la petición de renovación del contrato de concesión formulada por CONECEL S.A. y con sujeción al procedimiento señalado en el *"Contrato Ratificatorio, Modificadorio y Codificadorio del Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular (STMC) y de Autorización para Uso de Frecuencias Esenciales"*, suscrito el 2 de mayo de 1997, así como de lo dispuesto en la normativa aplicable, el Estado ecuatoriano, representado por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, previa autorización del CONATEL, ante el Notario Octavo del Cantón Quito, el 26 de agosto de 2008, otorgó a favor de la compañía CONECEL S.A. *"CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MOVIL AVANZADO, DEL TELEFÓNICO DE LARGA DISTANCIA INTERNACIONAL, LOS QUE PODRÁN PRESTARSE A TRAVÉS DE TERMINALES DE TELECOMUNICACIONES DE USO PÚBLICO Y CONCESIÓN DE LAS BANDAS DE FRECUENCIAS ESENCIALES"*.

Que, CONECEL S.A. a partir de la autorización otorgada a su favor, en 1993, ha venido prestando en el territorio ecuatoriano el servicio de telefonía móvil, ya sea bajo el régimen del Servicio de Telefonía Móvil Celular o del Servicio Móvil Avanzado, desde el 26 de agosto de 2008, de tal manera que, las actividades realizadas por CONECEL S.A. en la prestación del servicio han sido continuas, por aproximadamente 17 años, hasta la presente fecha.

Que, la empresa CONECEL S.A. mediante comunicación remitida al CONATEL, en oficio DJYR-0470-2010, de 22 de marzo de 2010, señala que en *"...el año 2009, el mercado de la Telefonía Móvil en el país creció hasta un total de 12'611.349 líneas activas de voz; las tarifas se han reducido y los lanzamientos de productos y tecnología avalan la existencia de una sana competencia que beneficia al usuario. CONECEL actualmente cuenta con el 69.56% de la participación del mercado, en términos del número de usuarios, mientras que OTECEL tiene una participación del 28,02%."*

Que, el 20 de octubre de 2008, se publicó en el Registro Oficial No. 449, la Constitución de la República del Ecuador, la misma que en la Disposición derogatoria, señala: *"Se deroga la Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial número uno del día once de agosto de 1998, y toda norma contraria a esta Constitución. El resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución."*

Que, el Contrato de Concesión de CONECEL S.A., de 26 de agosto de 2008, en la Cláusula 37, De la Competencia, estipula: *"Treinta y siete punto uno.-Los Servicios Concesionados materia de este Contrato se brindarán evitando los monopolios, prácticas restrictivas o de*

abuso de posición dominante y la competencia desleal, de acuerdo a la Legislación Aplicable y al Ordenamiento Jurídico Vigente. Se aplicarán los preceptos constitucionales de transparencia, no discriminación, debido proceso, trato no discriminatorio y neutralidad.-

Treinta y siete punto dos.-*La Sociedad Concesionaria cumplirá con el Ordenamiento Jurídico Vigente que sobre la materia emitiera el Estado durante la vigencia del presente Contrato.”.*

Que, de conformidad con en el anexo 1 del Contrato de Concesión del SMA, de CONECEL S.A. el régimen de competencia se sujetará *“...al Ordenamiento Jurídico Vigente en la fecha del acto, evento o asunto en cuestión, a fin de garantizar que el Servicio Concesionado, prestado bajo el control y regulación del Estado, responda a los principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad.”*

Que, la Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial el 20 de octubre de 2008, en el **artículo 335**, dispone: *“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”.*

Que, siguiendo el principio de supremacía de las normas constitucionales, contenida en los artículos 424, 425 y 426 de la Constitución de la República, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 11, números 3 y 5, así como de lo señalado en el artículo 427 de la Constitución de la República, corresponde a las autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicar en primer lugar y directamente las normas constitucionales, debiendo interpretarse dichas normas en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integridad y en caso de duda, en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos, que mejor respete la voluntad del constituyente y de acuerdo a los principios generales de la interpretación constitucional.

Que, acorde con lo establecido en el artículo 335 de la Constitución de la República, la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada, dispone: Art. 38.- *Régimen de libre competencia.- Todos los servicios de telecomunicaciones se brindarán en régimen de libre competencia, evitando los monopolios, prácticas restrictivas o de abuso de posición dominante, y la competencia desleal, garantizando la seguridad nacional, y promoviendo la eficiencia, universalidad, accesibilidad, continuidad y la calidad del servicio. El Consejo Nacional de Telecomunicaciones CONATEL, en uso de sus facultades, expedirá en un plazo no mayor de 180 días, contados a partir de la publicación de la presente Ley en el Registro Oficial, el reglamento que se aplicará para otorgar las concesiones de los servicios de telecomunicaciones que se brindarán en régimen de libre competencia, como consecuencia de la aplicación de la presente Ley. Dicho reglamento deberá contener las disposiciones necesarias para la creación de un Fondo para el desarrollo de las telecomunicaciones en las áreas rurales y urbano-marginales, el cual será financiado por las empresas operadoras de telecomunicaciones, con aportes que se determinen en función de sus ingresos.”.*

Que, en desarrollo de lo establecido en la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada, especialmente de lo dispuesto en el artículo 38, el Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada, establece en el Título III, el Régimen de Competencia y en el Título IV, el Régimen de Operador Dominante, cuyas disposiciones se citan a continuación: **Art.- 18:** *“Para preservar la libre competencia, el CONATEL intervendrá para: a) Evitar la competencia desleal; b) Estimular el acceso de nuevos prestadores de servicios; c) Prevenir o corregir tratos discriminatorios; y, d) Evitar actos y prácticas restrictivas a la libre competencia”* **Art.- 19:** *“El CONATEL, en uso de sus atribuciones legales, dictará regulaciones para proteger y promover la libre competencia en el sector de las telecomunicaciones; para evitar o poner fin a actos contrarios a la misma; y, para prevenir los subsidios cruzados entre los servicios prestados por la misma operadora. Igualmente, el CONATEL, podrá establecer reglas especiales para los prestadores de servicios que ejerzan dominio de mercado”.* **Art.-27:** *“Se considerará como operador dominante al proveedor de servicios de telecomunicaciones que*

haya tenido, al menos, el treinta por ciento (30%) de los ingresos brutos de un servicio determinado en el ejercicio económico inmediatamente anterior, o que, 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.- El CONATEL, ejercerá facultades regladas y asignará en forma motivada, la calidad de operador dominante a proveedores de servicios de telecomunicaciones en áreas determinadas y por cada servicio prestado, en función de los criterios mencionados en el inciso anterior, que serán considerados y evaluados en forma objetiva.” **Art.- 29:** “El CONATEL en los primeros ciento cincuenta (150) días de cada año calificará a los operadores dominantes para cada uno de los servicios de telecomunicaciones.- Cuando por causas supervenientes un prestador de servicios de telecomunicaciones considere que ha dejado de tener la condición de operador dominante en el mercado, solicitará al CONATEL que revise su calificación, y éste deberá pronunciarse en el término de treinta (30) días y su resolución deberá ser motivada.-De la resolución del CONATEL se podrá recurrir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.”. **Art.- 30:** “Son obligaciones del operador dominante las siguientes: a) Prestar sus servicios a precios que reflejen al menos sus costos a fin de no eliminar a posibles competidores. La Superintendencia de Telecomunicaciones realizará auditorías de precios con el objeto de evitar la competencia desleal; b) Otorgar trato igualitario y no discriminatorio a todos los usuarios de sus servicios bajo las mismas condiciones; c) Aplicar condiciones análogas para operaciones similares o equivalentes; d) Suministrar las facilidades de conexión e interconexión entre redes de telecomunicaciones de manera eficiente, de acuerdo con los principios de igualdad y trato no discriminatorio; e) Facilitar el acceso a la información técnica necesaria que permita la conexión o interconexión con sus redes; y, f) Proporcionar la información pertinente que requieran los entes de regulación y control conforme lo señale la ley, los reglamentos y los títulos habilitantes”. **Art.-31:** “El operador dominante no podrá: a) Mantener participación accionaria o detentar una posición que pudiera dar lugar a que influya en la administración de competidores en el mismo mercado; b) Mantener subsidios cruzados con el objeto de eliminar competidores; c) Condicionar la prestación de un servicio a la aceptación de obligaciones adicionales que formen parte del objeto del contrato; d) Obstruir ilícitamente el funcionamiento de la interconexión o la conexión; y, e) Las demás que señale la ley, los reglamentos y los títulos habilitantes.”. **Art.32:** “El operador dominante tendrá los siguientes derechos: a) A una justa retribución por los servicios prestados incluyendo los servicios de carácter social; b) A recibir y exigir de los demás operadores trato igualitario y recíproco; c) A solicitar que se revise su condición de operador dominante por parte de la autoridad competente; y, d) Los demás que señale la ley, los reglamentos y títulos habilitantes”.

Que, la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada, señala en el artículo innumerado 1 que se agrega a continuación del artículo 33, que el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, es el ente de administración y regulación de las telecomunicaciones en el país, con potestad para representar al Estado y ejercer en su nombre, las funciones de administración y regulación de los servicios de telecomunicaciones y de conformidad con lo señalado en la letra r) del artículo innumerado 3 Ibidem, con atribución para realizar todo acto necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y de los fines de dicha ley y su Reglamento General de aplicación.

Que, el Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones, en el **artículo 88**, además de las atribuciones previstas en la ley, señala que corresponde al CONATEL: “m) Dictar las políticas y normas que promoverán, protegerán y regularán la libre competencia entre prestadores de servicios de telecomunicaciones”.

Que, en el **artículo 86** del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada, se establece que la actuación pública en el sector de telecomunicaciones se llevará a cabo por el CONATEL, la SENATEL y la SUPERTEL, de conformidad con las competencias atribuidas en la Ley Especial de Telecomunicaciones y su Reglamento General de aplicación.

Que, la Constitución de la República del Ecuador, en su **artículo 226**, dispone que: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de

los derechos reconocidos en la Constitución.”, en virtud de lo cual, corresponde al CONATEL, con sujeción al artículo 335 de la Constitución, resolver sobre la declaratoria de Operador Dominante, al proveedor de servicios de telecomunicaciones de un mercado determinado, acorde con lo preceptuado en los artículos 27, 29 y más pertinentes del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada, considerando en el presente caso, como **antecedentes:** **a)** Comunicación 808102060-P-A01 del 28 de noviembre de 2008 TELECSA S.A. mediante la cual solicita al CONATEL, entre otras cosas, que se declare como operador dominante a la empresa CONECEL S.A.; **b)** Disposición 01-01-CONATEL-2009 de 15 de enero de 2009 que resuelve “Conformar una Comisión Interinstitucional integrada por los delegados de la Superintendencia de Telecomunicaciones y la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, coordinada por el Director de Planificación de la SENATEL, para que realice un estudio acerca de la solicitud de TELECSA S.A. de declarar a CONECEL S.A. como operador dominante del mercado.”; **c)** Informes contenidos en Memorando DGP-2009-068 de 31 de marzo de 2009 y Memorando DGP-2009-191 de 11 de agosto de 2009 de la Comisión Interinstitucional conformada para el cumplimiento de la Disposición 01-01-CONATEL-2009; **d)** Comunicación VPR-0769-2009 del 11 de noviembre de 2009 remitida por OTECEL S.A. por medio del cual solicita al Presidente del CONATEL, entre otras cosas, declare como operador dominante a CONECEL S.A.; **e)** Oficio SNT-2010-135 el 18 de febrero de 2010, remitido al CONATEL, mediante el cual el Secretario Nacional de Telecomunicaciones, recomienda que el CONATEL avoque conocimiento de la petición de OTECEL S.A. (VPR-0769-2009 del 11 de noviembre de 2009) y disponga que su contenido sea notificado a las operadoras de servicio móvil avanzado, para que, dentro del término de 15 días, presenten sus observaciones. Vencido el término indicado, con la contestación o sin ella, la SENATEL elaboraría un informe técnico legal, que permita al CONATEL, emitir la resolución o resoluciones motivadas que al efecto correspondan, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias.

Que, mediante Resolución 047-03-CONATEL-2010, de 19 de febrero de 2010, el CONATEL, dispuso: “**Artículo Uno.** Avocar conocimiento de oficio SNT-2010-135, de 18 de febrero de 2010, presentado por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones; y, VPR-0769-2009 de 11 de noviembre de 2009, presentado por OTECEL S.A. por medio de los cuales (Sic) solicitan al CONATEL califique al Consorcio ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A.-CONECEL, como operador dominante.- **Artículo Dos.** Disponer que a través de la Secretaría del CONATEL, se notifique con el contenido de los documentos antes señalados, a las empresas operadoras del servicio móvil avanzado, CONECEL S.A., OTECEL S.A. y TELECSA S.A., para que presenten sus observaciones, dentro del término de 15 días.- **Artículo Tres.** Disponer que la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, luego de vencido el término indicado en el artículo anterior, con la contestación o sin ella, presente el informe técnico – legal correspondiente.”.

Que, mediante **Memorando DGP-2010-325 de 2010 de 27 de julio de 2010**, remitido al CONATEL con **oficio SNT-2010-0766 de 28 julio de 2010**, la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones pone en conocimiento del CONATEL, el informe de cumplimiento de la Resolución 047-03-CONATEL-2010, sobre la declaratoria de operador dominante, del cual se desprende en lo principal, lo siguiente: Que, mediante Oficio SNT-2010-0287, de 5 de abril de 2010, la SENATEL informó al CONATEL, que en atención a lo dispuesto en la Resolución 047-03-CONATEL-2010, las empresas operadoras del SMA, una vez que se les ha corrido traslado con los documentos ahí mencionados, han expresado en lo principal: a) “TELECSA S.A. (Oficio 808102756-P-A) “Por lo expuesto, coincidimos con lo señalado por OTECEL S.A. en el sentido de que es necesario se adopten las medidas necesarias tendientes a mejorar el nivel de competencia, por lo que TELECSA S.A. ratifica la petición realizada mediante Oficio No. 808102060-P-A de fecha 28 de noviembre de 2008...” - b) “CONECEL S.A. (Oficio DJYR-0470-2010) “Por todas las consideraciones anotadas en el presente escrito, respetuosamente solicito que desestime la solicitud presentada por OTECEL, por improcedente e infundada” c) OTECEL S.A.(Oficio VPR-01176-2010) “ Por lo expuesto solicitamos que de manera conjunta con la fijación de cargos asimétricos se imponga condición para limitar el diferencial de precios on net/off-net del operador dominante en el Ecuador.”.

Que, en **Memorando DGP-2010-325**, antes indicado, la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, informa al CONATEL que para dar cumplimiento a la Resolución 047-03-CONATEL-2010, requiere la contratación de la “CONSULTORÍA PARA ANALIZAR EL

MERCADO DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO, DETERMINACIÓN DE MERCADOS RELEVANTES Y OPERADOR DOMINANTE", y Asesoría Jurídica Especializada para el "ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS REGULATORIOS PARA LA DECLARATORIA DE OPERADOR DOMINANTE EN EL MERCADO DE LA TELEFONÍA MÓVIL EN EL ECUADOR".

Que, del informe de cumplimiento de la Resolución 047-03-CONATEL-2010, presentado por la SENATEL, con relación a la Consultoría sobre el **"Análisis del Mercado del Servicio Móvil Avanzado, Determinación de Mercados Relevantes y Operador Dominante"**, se establece:

"Los resultados de esta consultoría muestran que el mercado relevante es el de los servicios de voz móvil-móvil. Según la Consultoría, se señala textualmente que en este mercado, "las tres empresas del SMA gozan de poder de mercado, especialmente para su tráfico on-net. Sin embargo, la empresa que goza de un poder de mercado sustancialmente superior (tanto para su tráfico on-net como para un promedio ponderado de su tráfico off-net) es CONECEL S.A." (...).-Por otro lado, se indica textualmente lo siguiente: "El mercado geográfico comprende la región del país relevante para el mercado del producto. En el caso que nos compete, es razonable asumir que el mercado geográfico relevante es todo el territorio ecuatoriano. Las razones para este supuesto es que: a) las empresas del SMA poseen licencias para explotar el servicio en todo el territorio ecuatoriano y b) los productos, así como sus precios y sus características son ofrecidos de manera similar en todas las regiones del país.- Por lo tanto el enfoque de esta consultoría con respecto a la definición del mercado relevante se circunscribe a la definición del mercado del producto. Específicamente se definirán los servicios que son relevantes para el análisis sobre la existencia de operador dominante. El principal criterio económico para determinar el mercado relevante para el producto es el de existencia de productos sustitutos. Si bien los operadores del SMA ofrecen varios servicios (voz, SMS, datos, internet, etc.), el eje del negocio (80% de los ingresos) está dado por el servicio de voz. Por lo tanto, el principal objetivo de este análisis se enfoca en determinar los mercados relevantes en el servicio de voz; específicamente se estudia si el servicio de telefonía fija representa un sustituto suficientemente cercano al servicio de telefonía móvil como para que ambos sean incluidos en un mismo mercado relevante de voz. Es importante resaltar que la ampliación del análisis de mercados relevantes hacia otros servicios no cambiaría los resultados obtenidos en esta consultoría; este argumento se lo detalla en el análisis que se presenta en la sección 3.1.".. " la adición del servicio móvil-fijo al mercado relevante no altera los resultados. El análisis incluye el tráfico de telefonía pública, el cual es tratado como tráfico generado en terminales móviles; su exclusión simplemente acentuaría los resultados pues este tráfico está principalmente catalogado como tráfico off-net lo cual acentuaría el hecho de que las empresas tienen poder de mercado sobre el tráfico on-net." "En primer lugar, es importante tener en cuenta la evolución de la industria para lograr visualizar con mayor claridad la probabilidad de que el diferencial de poder de mercado entre CONECEL S.A. y sus competidores se pueda acentuar o atenuar en el futuro; de ser más probable el primer caso, la intervención del regulador se vuelve más recomendable. La Consultoría considera que, dada la evolución de las participaciones en el mercado SMA (a 2009: CONECEL 70%, OTECEL 28%, TELECSA 3%) así como los márgenes operativos (a 2009: CONECEL 49%, OTECEL 30% y TELECSA 0%), existe una tendencia en el mercado que sugiere que la posición ventajosa de la que goza CONECEL S.A. se verá acentuada en el futuro." "Si bien el mercado SMA ecuatoriano está compuesto de 3 operadores, en términos prácticos es un duopolio bastante inequitativo en el que OTECEL S.A., no ha podido, a criterio de la Consultoría, consolidarse en una empresa que ofrezca una suficiente presión competitiva a CONECEL S.A. Por su parte, la influencia de TELECSA S.A. en el mercado es marginal. Si bien la reducción agresiva de las tarifas por parte de todas las empresas del SMA podría ser sugestiva de un mercado competitivo, por sí solas éstas no capturan el concepto relevante para medir el poder de mercado el cual está dado por el margen (precio – costo marginal). Cuando se toman en cuenta tanto costos como precios los resultados sugieren que si bien todas las empresas perciben un menor precio por minuto, el costo marginal difiere sustancialmente para los diferentes operadores, con OTECEL S.A. y TELECSA S.A. enfrentando una desventaja sustancial. Esto es consistente con los crecientes esfuerzos publicitarios y promocionales llevados a cabo por estas dos empresas para evitar la pérdida de clientes."- "Es importante que el regulador tome en cuenta un elemento adicional. Una bondad de las telecomunicaciones es la interconexión pues en su ausencia los consumidores no disfrutarían de poder acceder a varias redes. En la medida en que existan menores barreras para la interconexión (i.e. menores costos de interconexión o menores precios para el tráfico off-net), los consumidores podrán

gozar de la externalidad de red brindada por todas las redes interconectadas. Si, por el contrario, la interconexión resulta dificultosa (o costosa), entonces la externalidad de red se reduce al operador al cual el consumidor está suscrito. Tanto las tendencias de tráfico analizadas (con el tráfico on-net creciendo abrumadoramente), así como el gran diferencial persistente entre tarifas on-net v. off-net desincentivan la interconexión y por tanto reducen sustancialmente el beneficio potencial de la externalidad de red (agregada) que los consumidores podrían gozar. En este sentido, una intervención del regulador en esta industria con respecto a la interconexión y los precios de llamadas off-net, ya sea por la existencia de un operador dominante o no, sería recomendable pues ayudaría a eliminar los incentivos descritos. Adicionalmente, esta intervención, ayudaría a atenuar los diferenciales de poder de mercado en esta industria." .-"Si bien la existencia de un operador dominante, de así ser considerado por el regulador, puede tener varios efectos en el mercado, es difícil predecirlos. El criterio de la Consultoría es que existen ciertos efectos que pueden ser más probables que otros. Uno de ellos es la posible existencia de precios predatorios. Se sabe por la teoría económica que la probabilidad de precios predatorios incrementa cuando existe en el mercado una empresa que puede soportar financieramente pérdidas a corto plazo para luego, una vez mermados sus competidores, empezar a disfrutar ganancias extraordinarias. Las condiciones de este mercado podrían potenciar esta posibilidad. Con respecto a abusos de poder de mercado referentes al ámbito vertical (exclusividades y otras restricciones verticales), si bien podrían presentarse, serían de menor preocupación para el regulador. "

Que, con relación a la asesoría para el **"Análisis de los aspectos regulatorios para la calificación de operador dominante"**, del informe de cumplimiento de la Resolución 047-03-CONATEL-2010, presentado por al SENATEL, se establece: "El objeto de la Asesoría Jurídica es "proporcionar a la Autoridad Regulatoria las herramientas necesarias para determinar si en el mercado de servicio móvil avanzado existe un operador dominante".- Este análisis partió de los resultados contenidos en el Informe del Consultor Técnico - Económico; siendo que, las conclusiones de la Asesoría Jurídica determinan en lo principal lo siguiente: -Que siendo la legislación andina y ecuatoriana relativamente nueva en materia de competencia, sí confiere parámetros a ser aplicados tanto a los agentes económicos como a los entes regulatorios.-Que es el CONATEL el ente encargado de determinar la existencia de un operador dominante, a través de la calificación correspondiente, existiendo herramientas de juicio suficientes para dicha calificación, tales como: normas constitucionales, legales y reglamentarias que le confieren dicha facultad al CONATEL, partiendo del principio de aplicación directa de los derechos y garantías constitucionales. -Que con el proceso iniciado por el CONATEL (reunión con operadoras, consideración de sus observaciones, e informes solicitados), solo faltaría la determinación y calificación de operador dominante, a través de resolución motivada. - **Que se ha analizado en forma previa el informe económico, en donde se determina como mercado relevante al servicio de voz móvil en el territorio del Ecuador; lo cual concuerda con el ámbito de la concesión; estableciéndose así, que dicho mercado es altamente concentrado, puesto que Conecel S.A. (PORTA) cuenta con el 70% de participación en el mismo; lo que, sumado a un importante margen de ganancias, y barreras de entrada, permiten concluir que dicho operador posee dominancia en el mercado.**-Que la declaratoria o calificación de operador dominante no es en sí una infracción sino es reconocer la realidad del mercado; y en consecuencia, las regulaciones u obligaciones que se impongan no pueden ser consideradas como sanciones sino medidas que tiendan a un mercado competitivo; mismas que en parte, se detallan en el artículo 30 del Reglamento a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada; existiendo también la posibilidad de aplicar otro tipo de obligaciones, en aplicación del artículo 19 de dicho reglamento y de los contratos de concesión, en observancia del principio de trato no discriminatorio, buscando siempre el bienestar del mercado y del consumidor.- Para llegar a dichas conclusiones, la asesora jurídica parte de los siguientes presupuestos y normas jurídicas existentes: (i) La Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial el 20 de octubre de 2008: que determina que las telecomunicaciones comprenden un sector estratégico. Además prohíbe cualquier monopolio, acto monopólico o abuso de posición dominante. (ii) El Reglamento a la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada: que determina la obligación del CONATEL de declarar la existencia de un operador dominante para los servicios relacionados. (iii) La Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones sobre Normas para la protección y promoción de la libre competencia y el Reglamento a la Ley Especial de Telecomunicaciones: que definen y delimitan la calificación de un operador como dominante en uno de los mercados de

telecomunicaciones. iv) Corrientes doctrinarias, especialmente europeas, jurisprudencia y experiencias internacionales en el campo de las telecomunicaciones: que deben ser tomadas en cuenta, únicamente para enriquecer este análisis, tales como casos de Colombia, Chile y México. (v) Peticiones expresas de las dos operadoras con menor cuota en el mercado de SMA, de calificar a la compañía Conecel como operador dominante: que conllevó a convocar a reuniones a las partes involucradas; en donde Otecel puso de manifiesto, la necesidad de imponer obligaciones especialmente relacionadas a la asimetría en cargos de interconexión; y Conecel, enunció el principio del debido proceso y el derecho a la defensa, el análisis del mercado relevante desde el punto de vista del producto y objetó el proceso por falta de regulación para calificar la dominancia de un operador. Cada parte, tuvo la oportunidad de plantear observaciones, mismas que han sido tomadas en cuenta en el informe jurídico.- En cuanto a la aplicación directa de la Constitución, sin necesidad de que el órgano competente recurra a otra normativa, se destaca textualmente lo que a continuación se extrae del informe de Asesoría Jurídica: "Partiendo del principio jurídico que la Constitución es la norma suprema del Estado, se puede concluir que aún cuando las leyes, reglamentos, ordenanzas o decretos no regulasen el derecho de la competencia o la importancia de las telecomunicaciones para nuestra sociedad, bastaría el mandato contenido en la Constitución para que los entes estatales actúen y hagan cumplir los derechos y garantías en ella contenidas" Y, en cuanto al procedimiento a seguir, la asesora jurídica expresa: "Si bien el Decreto Ejecutivo 1614 es posterior al Reglamento General a la Ley de Telecomunicaciones, no debe entenderse que lo deroga o que existe un conflicto de competencia de las autoridades allí designadas en virtud del artículo 12 del Código Civil ecuatoriano que dice: Art. 12. Cuando una ley contenga disposiciones generales y especiales que estén en oposición prevalecerán las disposiciones especiales." "Por tanto, prevalecerá el Reglamento General de la Ley Especial de Telecomunicaciones precisamente por ser la norma especial de la materia, que adicionalmente establece la aplicabilidad de la Ley.- Adicionalmente hay que tomar en cuenta las siguientes consideraciones: i) la competencia del Conatel se encuentra contemplada en la Ley Especial de Telecomunicaciones, artículo innumerado (33.1.) concordante con el literal s) del artículo innumerado (33.3); ii) El Título IV del Reglamento General de la Ley Especial de Telecomunicaciones (reformada) establece la competencia del Conatel para la calificación de operador dominante en materia de telecomunicaciones."-Y, colige que: "El Reglamento obliga al Conatel a calificar a los operadores dominantes en cada uno de los servicios y al ser éste una obligación relacionada a las telecomunicaciones como sector estratégico y a la libre competencia como una garantía constitucional es deber de la Autoridad Nacional Competente hacerlo aún cuando no se estableciere el procedimiento respectivo, en virtud del numeral 3 del artículo 11 de la Constitución vigente."

Que, la Secretaria Nacional de Telecomunicaciones, en calidad de ente ejecutor del CONATEL, siguiendo las normas del debido proceso, conforme lo señala el **artículo 76 de la Constitución de la República**, ha puesto en conocimiento de las empresas operadoras del Servicio Móvil Avanzado CONECEL S.A. OTECEL S.A. y TELECSA S.A. los informes resultantes de la "CONSULTORÍA PARA ANALIZAR EL MERCADO DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO, DETERMINACIÓN DE MERCADOS RELEVANTES Y OPERADOR DOMINANTE", y Asesoría Jurídica Especializada para el "ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS REGULATORIOS PARA LA DECLARATORIA DE OPERADOR DOMINANTE EN EL MERCADO DE LA TELEFONÍA MÓVIL EN EL ECUADOR", encontrando que las empresas OTECEL S.A. y OTECEL S.A. concuerdan con los resultados obtenidos, no así CONECEL S.A. que formula observaciones, mediante **oficio DJYR-1060-2010 del 12 de julio de 2010**: "No se puede determinar la dominancia en un mercado solamente por la participación de clientes y/o ingresos sin antes realizar un análisis jurídico y económico de la necesidad de tener una determinación de la totalidad del mercado de telecomunicaciones y sus respectivos segmentos en los que se pretende designar al dominante o dominantes, lo cual el informe Análisis del Mercado de Servicio Móvil Avanzado, por todas las limitaciones que hemos señalado no consigue hacer.- Los informes jurídicos y económicos contratados por la Senatel, no constituyen por sí mismos fundamento legal para que el Conatel declare a Conecel operador dominante. Dichos informes no suplen la carencia de normas jurídicas que se requieren para fijar los procedimientos en torno al estudio de mercados, segmentación de mercado, y determinación de todos los mercados relevantes, y consecuente declaratoria de operador dominante en cada mercado. Además, estos informes adolecen de solidez y profundidad en su análisis, no siguen las buenas prácticas internacionales de los análisis de

competencia requeridos para determinar dominancia, y por lo tanto, deben ser desestimados.- Mientras persista la falta de la normativa jurídica antes señalada, cualquier resolución dictada por el CONATEL en la que declare operador dominante a CONECEL adolecerá de nulidad absoluta al amparo de las normas de protección del debido proceso.

Que, del informe presentado por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, con relación a las observaciones de CONECEL S.A. consta: "a. **Variables Omitidas.** Las variables omitidas constituyen un potencial problema en cualquier estudio econométrico. Por lo tanto una crítica que se limita a mencionar un posible sesgo por la existencia de una variable omitida sin presentar ningún argumento teórico sobre la dirección del sesgo refleja la ignorancia de los elementos econométricos detrás del problema. Conecel S.A. se limita a indicar que la posible omisión de variables explicativas, como la calidad del servicio, podrían sesgar el coeficiente de precio (el cual es la base para calcular la elasticidad de la demanda).- Al respecto se realizan las siguientes puntualizaciones técnicas: a. La presencia de una variable omitida no es condición suficiente para la existencia de un sesgo. La condición suficiente y necesaria para la existencia de un sesgo es la violación del supuesto de ortogonalidad entre el error econométrico (donde se encuentra la variable omitida) y la variable de interés, en este caso precio. Conecel S.A. no presenta un argumento convincente sobre la violación de la mencionada ortogonalidad. b. En el supuesto de que exista un sesgo, su presencia no es condición suficiente para invalidar los resultados del estudio. Específicamente, la fórmula del sesgo está dada por:

$$\beta_2 \left[\frac{\sum_i x_i z_i}{\sum_i x_i^2} \right]$$

en donde β_2 es el coeficiente de la variable omitida en el modelo especificado

correctamente (ejemplo: el modelo sin variable omitida) y $\left[\frac{\sum_i x_i z_i}{\sum_i x_i^2} \right]$ mide la correlación entre la variable omitida, z_i , y la variable problemática x_i (en este caso precio). Por lo tanto, una crítica sólida sobre la existencia de una variable omitida que pueda sesgar los coeficientes de interés debe ser basada en

argumentos sobre el posible signo de β_2 y de la correlación $\left[\frac{\sum_i x_i z_i}{\sum_i x_i^2} \right]$. En otras palabras, el sesgo puede favorecer (ejemplo: el coeficiente de precio puede ser mayor en términos absolutos) o no a Conecel S.A.. El documento de Conecel S.A., adolece de un argumento convincente que indique que el

sesgo $\beta_2 \left[\frac{\sum_i x_i z_i}{\sum_i x_i^2} \right]$ sea positivo.

c. En el supuesto en el que el sesgo sea positivo, esto resulta no ser un problema en el estudio pues el modelo econométrico adopta variables instrumentales. La razón de esto es que el sesgo de endogeneidad así como el de una variable omitida tienen el mismo origen: una violación de la ortogonalidad entre el error y el precio. Las condiciones necesarias para que una variable instrumental pueda corregir estos sesgos es que la variable instrumental sea correlacionada con el precio pero ortogonal a la variable omitida. En el estudio se utiliza el tipo de cambio rezagado pues al ser el sector de telecomunicaciones intensivo en capital importado que se instala con rezago, resulta ser un elemento importante en las decisiones de las empresas (incluido el precio). Por otro lado, resulta convincente, que los rezagos adoptados sean ortogonales a los shocks contemporáneos en la ecuación de demanda (incluidas las variables omitidas que menciona Conecel S.A.).- **b. Índice de Lerner (IL)** Técnica y académicamente, no existe una crítica ampliamente aceptada que refute al Índice de Lerner (IL) como una medida que permita inferir el costo. La razón de esto es que el IL está fundamentado en una relación de equilibrio parcial de competencia (oligopolística en este caso). En términos técnicos, un equilibrio de mercado resulta de la

interacción de la demanda y la oferta en el cual no existe incentivos para cambiar las estrategias de mercado (Carlton y Perloff, 2004¹; Belleflame y Peitz, 2010²), es decir cada empresa se encuentra en una situación en donde sus precios responden no solo a las estrategias de los otros competidores sino también a las preferencias de los consumidores. En términos prácticos, esto quiere decir que la disponibilidad de información del lado de la demanda (ejm: las elasticidades) permite, bajo ciertos supuestos ampliamente aceptados, hacer inferencia sobre las condiciones implícitas en el lado de la oferta (y viceversa). Esta es la naturaleza del IL.- Conecel S.A. menciona al trabajo de Pindyck (1985) como argumento para refutar el uso del IL como medida apropiada para medir el poder de mercado. Pero es importante recalcar que, la crítica no es al IL per se, sino a al IL en su modalidad estática. Esto está muy claro en la introducción del paper en donde Pindyck usa el mismo IL para ilustrar como el poder de mercado cambia en el tiempo. Es decir, Pindyck acepta al IL como medida apropiada para medir el poder de mercado pero lo hace considerando que el IL puede variar en el tiempo dado que ciertas condiciones de demanda y oferta pueden modificarse. En otras palabras, refutar el uso del IL como metodología para inferir costos, sería criticar la existencia de las predicciones más básicas de la teoría económica.- Como muestra de la amplia aceptación del IL como medida de poder de mercado ante la ausencia de costos, es interesante contabilizar y contrastar el número de citaciones de los trabajos más populares que usan el IL como medida estática de poder mercado versus el número de citaciones que tiene la mencionada crítica de Pindyck. El artículo más influyente con respecto al uso del IL en mercados oligopolísticos en la ausencia de datos de costos es Bresnahan (1989)³; este artículo ha sido citado 1,179 veces (Scholar Google). Otro artículo influyente es el trabajo de Aviv Nevo (2000⁴, 2001⁵) que, a pesar de ser reciente, ha recibido ya más de 1,000 citaciones. Para ponerlo en perspectiva, el número de citaciones recibidos por estos autores los colocan entre los papers más citados en la historia de la economía. El trabajo de Pindyck, por otro lado, habiendo sido publicado 4 años antes que el de Bresnahan ha recibido apenas 43 citaciones. Este contraste, creemos, provee de una confianza adicional a la metodología usada. A continuación se presenta argumentos que sustentan el uso del IL estático (y no dinámico) como medida de poder de mercado adecuado. **c. Posible Sesgo por Omisión de Elementos Dinámicos.** Ante la poca disponibilidad de datos y la dificultad computacional para llevar a cabo un modelo econométrico dinámico del mercado, la Consultoría se vió limitada a analizarlo desde un punto de vista estático. Sin embargo, se puede revisar de manera teórica el posible sesgo causado por una omisión de elementos dinámicos. Específicamente se utiliza el documento citado por Conecel S.A. (Pindyck, 1985) así como ciertas aseveraciones que realiza Conecel S.A. para argumentar que lo más probable es que el sesgo en la elasticidad (causado por la omisión de un elemento dinámico) es negativo, es decir que el poder de mercado de (o la elasticidad de la demanda para) Conecel S.A. podría ser mayor (menor, en términos absolutos) en el largo plazo.- En el trabajo de Pindyck se mencionan varios elementos dinámicos que podrían resultar en una medición imprecisa del poder mercado a través de un IL estático. Se considera que un elemento dinámico clave en este mercado es el de la externalidad de red, tal como lo menciona Conecel S.A. en su comunicación DJYR-970-2010 (página 4, sexto párrafo "La realidad de las telecomunicaciones denota que..."). Ahora bien, Pindyck menciona que el sesgo de un IL estático puede ser positivo (ejm: poder mercado superior al de largo plazo, o elasticidad absoluta menor a la de largo plazo) o negativo, dependiendo del elemento dinámico en consideración. Por lo tanto, lo que cabe analizar es cual sería, dadas las condiciones actuales del mercado y sus respectivas tendencias, el sesgo causado por una omisión del elemento dinámico determinado por la externalidad de red.-Pindyck argumenta que un sesgo positivo (algo favorable a Conecel S.A.), se daría cuando la elasticidad actual de la demanda estática (ejm: de hoy) es, en términos absolutos, menor a la elasticidad "dinámica" (ejm: la elasticidad que se observaría en el futuro). Como bien lo menciona Conecel S.A., una vez que se accede a la red, el precio tiende a ser un factor menos importante (ejm: una elasticidad más pequeña en términos absolutos); este efecto es

¹ Carlton y Perloff, 2004. *Modern Industrial Organization*. 4a Edición. Pearson-Addison Wesley: Reading, MA.

² Belleflamme, P. y M. Peitz. 2010. *Industrial Organization. Markets and Strategies*. Cambridge University Press.

³ Bresnahan, T. 1989. "Empirical Methods for Industries with Market Power," en *Handbook of Industrial Organization*, Vol. 2, ed. por R. Schmalensee y R. Willig. Amsterdam. North-Holland.

⁴ Nevo, A. 2000. "A Practitioner's Guide to Estimation of Random Coefficients Logit Models of Demand," *Journal of Economics & Management Strategy*, 9, 513-48

⁵ Nevo, A. 2001. "Measuring Market Power in the Ready-to-Eat Cereal Industry," *Econometrica*, 69, 307-42

monotónico en el número de personas suscritas a la red. -Considerando la evolución del mercado, es difícil pensar que la elasticidad precio de la demanda de Conecel S.A. vaya a incrementarse en valor absoluto; según el criterio de la Consultoría, lo más probable, es que el efecto de externalidad de red se acentúe para Conecel S.A. y que por lo tanto la elasticidad precio de la demanda dinámica sea menor en términos absolutos a la reportada en el estudio.-En otras palabras, un modelo dinámico que capture la evolución del tamaño de las redes arrojaría un IL dinámico aun más pronunciado para Conecel S.A., lo cual sugiere que el IL estático es una medida conservadora.- **d. Análisis de Otros Aspectos.**- Conecel S.A. indica en el punto a) de su comunicación DJYR-970-2010, página 3, segundo párrafo que: "...antes de definir cualquier posición de dominio, se debe analizar con mayor detalle y profundidad las fortalezas competitivas de Movistar y la evolución de sus inversiones a través de los años. Esto es lo que correspondería hacer de acuerdo a las prácticas internacionales en la implementación de las políticas y leyes de competencia."- Existe un error conceptual en la afirmación de Conecel S.A., ya que la técnica económica lo que permite es identificar la existencia de poder de mercado, mientras que el análisis relativo de dicho poder de mercado, es que él permitiría determinar la posición de dominio. Por ejemplo, puede existir un operador de nicho muy pequeño con márgenes altos que tiene poder de mercado, pero que por ninguna circunstancia tiene una posición dominante en el mercado relevante.-En el estudio se adopta la metodología comúnmente usada para: a) definición de mercados relevantes, b) estimación de demanda y c) determinación de poder de mercado. No se conoce de una metodología económica rigurosa en la que se considere las "fortalezas competitivas" (un término difuso que no obedece a ninguna definición económica) y las "inversiones" a través de los años. De todas maneras, es importante recalcar que el estudio sí reconoce las inversiones superiores realizadas por Conecel S.A. (tal como Conecel S.A. lo indica en su comunicación DJYR-970-2010), pero ante la carencia de un test específico basado en esta variable la Consultora no procede a estudiarla en mayor detalle.-En el punto b) de su comunicación DJYR-970-2010 página 3, sexto párrafo, Conecel S.A. indica que "De acuerdo al contexto planteado, existió falencia en el estudio contratado, pues éste se limitó a un pedazo del mercado de telecomunicaciones....Para diferenciar mercados y establecer su relevancia era necesario partir de la universalidad, y en este caso, Senatel no partió de ahí...".-Esta afirmación muestra la equivocación de Conecel S.A. en el conocimiento de lo que significa un mercado relevante y por otro lado, de la metodología económica para definirlo. El mercado relevante es aquel mercado donde un monopolista hipotético (dueño de todos los productos en ese mercado) podría incrementar sus precios de una forma rentable. Por lo tanto para llegar a definir ese mercado relevante, se implementan tests que permiten definir la canasta de productos suficientemente sustitutos de manera que si existiera un monopolista dueño de esos productos pudiera incrementar precios rentablemente. -Al igual que lo argumentado por Conecel S.A. (en su punto d), comunicación DJYR-970-2010), la consultoría parte del supuesto de que la voz fija podría ser un posible sustituto de la voz móvil. Al realizar las rigurosas pruebas técnicas, se evidencia que la voz móvil-móvil no tiene sustitutos cercanos y por lo tanto el resto de productos son excluidos de la canasta, definiéndose así al servicio móvil-móvil como el mercado relevante.-Por otro lado, la metodología usada de tests de pérdida crítica es ampliamente reconocida por su robustez. Una de las razones es que el resultado de mercado relevante es exactamente igual independientemente del punto de partida del análisis, ya sea éste el universo o el mercado más pequeño. Así, si el investigador inicia por el mercado más pequeño, éste debe agregar productos hasta que el último producto sustituto sea incluido. Si el mercado más pequeño no tiene sustitutos, entonces ese es el mercado relevante. De la misma manera, si el investigador inicia el análisis incluyendo todos los productos posibles, debe ir excluyendo productos hasta que el último producto no sustituto sea excluido. Por ambas vías, se obtiene exactamente el mismo resultado y por lo tanto este comentario de Conecel S.A. es irrelevante.-Conecel S.A. indica en el punto d), página 6, tercer párrafo de la comunicación DJYR-970-2010 que: "El informe...es impreciso respecto a la sustitución de los servicios fijo y móvil desde el lado de la demanda, a pesar de que realiza una revisión de la literatura al respecto que es muy concluyente de esta sustitución en otros mercados geográficos."- Esta aseveración es totalmente errónea, pues la literatura revisada es concluyente indicando que el servicio fijo NO es sustituto del servicio móvil. A pesar de estos resultados concluyentes para otros mercados geográficos, la consultoría realizó el análisis y comprobó técnicamente que el servicio fijo no es sustituto del móvil en el caso de Ecuador.-Por otro

lado, Conecel S.A. argumenta que "...siendo que cada línea fija permite el acceso de los integrantes de una familia de usuarios a las comunicaciones de voz, el número de líneas de servicio debería multiplicarse por cuatro....Así, bajo esta perspectiva, el total de usuarios de voz.....sumarían 21,658,486, correspondiendo a CONECEL el 43.3% de este total y a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones el 33.5%. Esto significa en hechos, que ambas empresas lideran el mercado relevante de voz...". -Asumiendo hipotéticamente que semejante aseveración fuera cierta, ésto tan solo demuestra que Conecel S.A. interpreta y pretende utilizar de forma arbitraria el método técnico para definir el poder de mercado, pues sería preciso establecer las diferencias en los márgenes entre operadores para poder pronunciarse al respecto.-Conecel S.A indica en su comunicación DJYR-970-2010, punto f), página 8, segundo párrafo que: "Esta alusión a "probables" precios predatorios a ser aplicados por CONECEL es infundada, sin sustento alguno que se pueda encontrar en mencionado informe y demuestra además, el sesgo con el que ha sido elaborado al negar hechos que sus propios cálculos demuestran.", ello a nuestro criterio, evidencia una vez más, la superficialidad en las apreciaciones de CONECEL S.A.-La consultoría es muy clara en indicar que es muy difícil predecir los efectos en el mercado de la existencia de un operador dominante calificado por el regulador. Sin embargo, con base en la teoría económica es evidente que mayor poder de mercado es equivalente a mayores márgenes, es decir mayor rentabilidad. Al existir una ventaja en la rentabilidad de una operación, una estrategia de precios predatorios es más probable, pues permitiría a una empresa soportar pérdidas momentáneamente hasta desplazar a sus competidores que tienen menor capacidad financiera. Si no existiese esa ventaja en rentabilidad, la estrategia de precios predatorios sería poco probable. Revisado el informe de la consultoría, no se encuentra afirmación o sugerencia en el sentido de que se haya dado o se vaya a dar precios predatorios; tan solo sugiere, que la gran ventaja en rentabilidad de un operador podría dar cabida a dicha estrategia de precios."

Que, del informe sobre cumplimiento de la **Resolución 047-03-CONATEL-2010**, sobre Declaratoria de Operador Dominante, presentado por la SENATEL, se desprende que se ha dado al procedimiento, la debida publicidad, a través de publicaciones en la prensa y página web institucional y se ha concedido a los sujetos intervinientes en el proceso de formación de la voluntad administrativa, la más amplia posibilidad para que ejerzan sus derechos, especialmente, dentro de las normas del debido proceso, el derecho a la defensa, conforme consta del informe Ibidem, el que se ha reproducido parcialmente, dado que, los criterios allí señalados, son compartidos por el Consejo, y los hace suyos, al acogerse el informe, así como los que han servido de sustento para el mismo, los que incorporan en lo pertinente, a la motivación de la presente resolución.

Que, del informe señalado, elaborado por la **SENATEL**, se concluye "**3.1 En concordancia con los resultados obtenidos en la Consultoría sobre el "Análisis del Mercado del Servicio Móvil Avanzado, Determinación de Mercados Relevantes y Operador Dominante"**, se concluye que el mercado relevante de mayor importancia para el análisis de dominio de mercado está dado por los servicios de voz móvil-móvil, y que CONECEL S.A. goza de un poder de mercado sustancialmente superior tanto para su tráfico on-net como para un promedio ponderado de su tráfico off-net, frente a OTECEL S.A. y TELECSA S.A.; y, que dada la evolución de las participaciones en el mercado SMA (...), así como la evolución de los márgenes operativos⁶ (...) existe una tendencia en el mercado que sugiere que la posición ventajosa de la que goza CONECEL S.A. se verá acentuada en el futuro. **3.2 En aplicación directa de la Constitución de la República, el Estado Ecuatoriano a través de sus instituciones públicas, y en coordinación entre ellas, debe propender al efectivo cumplimiento de una política comercial que tienda a evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas especialmente del sector privado; estableciendo los mecanismos adecuados para eliminar el abuso de posición de dominio en el mercado. Y, siendo la Constitución la norma suprema del Estado, es suficiente la aplicación de sus disposiciones, para que los entes estatales actúen y hagan cumplir de manera directa e inmediata, los derechos y garantías en ellas contenidas.- 3.3 En aplicación de la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada, la autoridad competente debe propender al cumplimiento del principio fundamental de que los servicios de telecomunicaciones serán prestados en el**

⁶ Margen OIBDA (Operating Income before Depreciation and Amortization) se refiere al Ingreso Operacional antes de Depreciación y Amortización, y es la medida más aceptada para medir la rentabilidad de la telefonía móvil a nivel mundial

ámbito de una sana competencia, principio éste que debe ser observado y acatado por todos los agentes económicos beneficiarios de una concesión estatal. La autoridad competente es y debe ser a la presente fecha, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones CONATEL, quien está facultada a calificar o declarar al operador con posición de dominio en el mercado relevante, como operador dominante, y sin necesidad de cumplir otros requerimientos que los aquí determinados, con toda la amplitud que la norma fundamental le confiere respecto de un área de su exclusivo y especial control y regulación –las telecomunicaciones.- **3.4** En aplicación al artículo 27 del Reglamento General de la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada, CONECEL S.A. es la empresa que está inmersa en una de las tres condiciones que se establecen para calificar como operador dominante a una empresa, pues cumple con el requisito relacionado al porcentaje mínimo de ingresos brutos de un servicio determinado⁷, como es el servicio móvil avanzado, ingresos que se determinaron en el ejercicio económico del año 2009, de conformidad con el análisis comparativo de la información financiera de las 3 operadoras de SMA en el país. – **3.5** Consecuencia de la aplicación de las normas constitucionales, y de la observancia de las disposiciones legales y reglamentarias, el Estado Ecuatoriano, a través de la declaratoria de operador dominante de la empresa CONECEL S.A. evitaría que se distorsione la competencia y que las significativas concentraciones de su poder de mercado, afecten a los demás operadores, en su calidad de competidores directos; así como a los usuarios o consumidores; y, a la eficiencia del mercado en general.- **3.6** La declaratoria de operador dominante que realice el Estado Ecuatoriano a través del CONATEL, se la debería realizar especificando el mercado relevante y dentro de una circunscripción territorial específica. El mercado y el territorio, se hallan plenamente determinados a lo largo de este informe. **3.7.-** El Consejo Nacional de Telecomunicaciones CONATEL, en su calidad de ente de administración y regulación de las telecomunicaciones en el país, tiene la potestad constitucional, legal y reglamentaria, para calificar o asignar al o los operadores dominantes, para cada uno de los servicios de telecomunicaciones, siendo innecesario por el momento, que para calificar a una operadora como dominante y aplicarle el régimen que corresponde, se emita normativa infra constitucional, pues la Constitución debe aplicarse en forma directa e inmediata, conforme lo señalan los artículos 11, número 3 y 426 *Ibidem*”, por lo que se **recomienda:** “En orden a los antecedentes, consideraciones jurídicas y análisis expuestos en el presente informe y en cumplimiento al artículo tres de la Resolución 047-03-CONATEL-2010, nos permitimos recomendar al CONATEL que acoja el presente informe y resuelva respecto de la declaratoria de operador dominante.”.

Que, para resolver el CONATEL, considera, que de conformidad con lo dispuesto en el **numeral 10 del artículo 261 de la Constitución de la República del Ecuador**, “El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre el espectro radioeléctrico y el régimen general telecomunicaciones.”, las que se ejercen a través del CONATEL, conforme lo señalado en la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada y su Reglamento General de aplicación, de manera especial, lo dispuesto en el **artículo 29** de este último cuerpo normativo, por tanto, el conjunto de atribuciones y potestades que tiene el CONATEL por mandato de la normativa jurídica para declarar a un operador como dominante, se encuentra plenamente establecida, no habiéndose cuestionado dicha competencia por los proveedores de telecomunicaciones, y en particular, por los proveedores del servicio móvil avanzado, por lo que, la mencionada competencia, debe ser ejercida sin otras limitaciones, que no sean las que se derivan del **principio de juridicidad**, esto es, mirar al **principio de legalidad** con mayor amplitud, en virtud de lo cual el CONATEL, ha de estar no solo a lo que establece la normativa jurídica, sino a la juridicidad de sus actos, es decir, tener presente el derecho en su conjunto, como lo señala el tratadista ecuatoriano Marco Morales Tobar, quien refiere además que se debe tener presente, “... la misión que como función pública deben desarrollar, es decir la consecución del bien común, todo ello enmarcado dentro del principio de responsabilidad en su actuación, para que, conforme el mandato del artículo 227 de la Carta Primera, sus actuaciones estén enmarcadas en los principios de capacidad, honestidad y eficiencia. Pero además de aquello, la visión en la que deben fundar sus actuaciones será social, con lo que la libertad de sus realizaciones estará siempre restringida al ámbito de lo social.”.

⁷ El artículo 27 señala que “Se considerará como operador dominante al proveedor de servicios de telecomunicaciones que haya tenido, al menos, el treinta por ciento (30%) de los ingresos brutos de un servicio determinado en el ejercicio económico inmediatamente anterior, o que.”

Que, una vez que se ha establecido la competencia del CONATEL, para resolver sobre la declaratoria de operador dominante, es preciso señalar que esta es irrenunciable, al respecto, el tratadista DROMI, señala: *"...la competencia es irrenunciable e improrrogable. Debe ser ejercida directa y exclusivamente por el órgano que la tiene atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las disposiciones normativas pertinentes"*, en cuyo caso, el CONATEL, en ejercicio de sus competencias, debe observar para la declaratoria de Operador Dominante, el cumplimiento de los presupuestos establecidos en la normativa, tomando en consideración que el espectro radioeléctrico y las telecomunicaciones, de acuerdo a lo señalado en los **artículos 313 y 314 de la Constitución de la República**, se encuentran dentro de los sectores estratégicos del Estado y lo señalado en los **artículos 5, 7 y 8 de la Decisión de la Comunidad Andina No. 608**, sobre conductas restrictivas a la libre competencia o de abuso de una posición de dominio en el mercado. Dicha Decisión es aplicable al Ecuador, por lo señalado en la Decisión 616 de la Comunidad Andina de Naciones, de 15 de julio de 2005, así como por la disposición del Consejo Nacional de Telecomunicaciones, contenida en Resolución 415-15-CONATEL-2005 en materia de competencia en telecomunicaciones, por la que se acogen disposiciones contenidas en las Decisiones 608 y 616 de la Comunidad Andina de Naciones, en lo que resulte aplicable.

Que, para la declaratoria de Operador Dominante, el **Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada**, establece en el **artículo 28**, la obligación de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de remitir a la SENATEL, dentro de los 120 primeros días de cada año, sus estados financieros, esto, sin perjuicio de similares obligaciones contractuales. Por lo que, sobre la base de los estados financieros, en uso de la facultad contenida en el **artículo 29 Ibidem**, la que se ejerce observando lo señalado en el **artículo 335 de la Constitución de la República**, la que se ejerce cuando sea necesario, es decir, en cualquier momento, dentro de un determinado ejercicio fiscal, el CONATEL, debe emitir una resolución motivada cada año, calificando a los operadores dominantes de cada uno de los servicios de telecomunicaciones. La normativa no ha previsto un procedimiento específico para la construcción del acto administrativo en el que emita tal declaración o calificación, no obstante, la misma se basa en los supuestos previstos en el **artículo 27 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones**, que contempla varias posibilidades a saber, **a)** Que el proveedor de servicios de telecomunicaciones haya tenido al menos, el treinta por ciento (30) de los ingresos brutos de un servicio determinado en el ejercicio económico inmediatamente anterior, **b)** o que 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 virtud de lo cual, si el acto a emitirse, como manda la norma (inciso final del artículo 27 del RGLETR), se lo hace en ejercicio de las facultades regladas que tiene el CONATEL, en forma motivada, en áreas determinadas y por cada servicio prestado, en base a los criterios antes señalados, los que serán evaluados en forma objetiva, debe considerarse, que el CONATEL, por mandato del **artículo 124 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones**, está sujeto para la emisión de sus actos administrativos, a lo dispuesto en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, para cuyo efecto, al tenor de lo señalado en el artículo 71 de dicho Estatuto, el CONATEL, previo a resolver lo que corresponda, dispuso a la SENATEL, mediante Resolución 047-03-CONATEL-2010, de 19 de febrero de 2010-07-29, emita un dictamen, previamente recabando las observaciones de las tres empresas operadoras del Servicio Móvil Avanzado que prestan servicios en el Ecuador, es decir, que CONECEL S.A., OTECEL S.A. y TELECSA S.A., formulen observaciones respecto de los documentos que obran del expediente, relacionados con la petición de declaratoria de operador dominante a CONECEL S.A. y que la SENATEL, con las contestaciones o sin ellas, en el caso de que no las presenten, emita un informe técnico legal, vale recalcar, dictamen, es decir, que el CONATEL, de manera previa reguló un procedimiento, el mismo que no ha sido impugnado, con lo cual, se desvirtúan las afirmaciones de CONECEL S.A. contenidas en oficio DJYR-1060-2010, de 12 de julio de 2010, en el sentido de que no existe normativa que permita al CONATEL, declararle como operador dominante. CONECEL S.A. en oficio DJYR-0470-2010, de 22 de marzo de 2010, señaló: *"Para que proceda la declaratoria de dominancia, es necesario entonces, determinar el mercado relevante del que se trate o el segmento o segmentos de ese mercado" (...)* *"En este orden de ideas, solicito que previo a cualquier declaración de dominancia se emita la regulación de procedimiento y análisis de mercados relevantes en telecomunicaciones y/o se adelante una segmentación de mercados, previa,*

como ocurre en Europa, donde se puede tener noticia de lo segmentado para así poder tener los elementos de juicio para expresar la posición de CONECEL acerca de su presunta posición significativa que lo conllevarían a ser operador dominante, siguiendo con la regulación de donde proviene la figura, sin desconocer su desarrollo e historia.". La SENATEL, para cumplir con lo dispuesto en la Resolución 047-03-CONATEL-2010, contrató una "CONSULTORÍA PARA ANALIZAR EL MERCADO DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO, DETERMINACIÓN DE MERCADOS RELEVANTES Y OPERADOR DOMINANTE", y una Asesoría Jurídica Especializada para el "ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS REGULATORIOS PARA LA DECLARATORIA DE OPERADOR DOMINANTE EN EL MERCADO DE LA TELEFONÍA MÓVIL EN EL ECUADOR", de las cuales en forma clara e irrefutable, se establece que el mercado relevante es el de los servicios de voz móvil – móvil, que si bien los operadores del SMA, ofrecen varios servicios, esto es, voz, SMS, datos, Internet, etc, el eje del negocio, pues tiene el 80% de los ingresos está dado por el servicio de voz, no encontrándose que el servicio de telefonía fija, represente un sustituto suficientemente cercano al servicio de telefonía móvil, como para que ambos sean incluidos en un mismo mercado relevante de voz. Así mismo se señala que al 2009, la participación en el mercado de CONECEL S.A. es del 70%, de OTECEL S.A. el 28% y TELECSA S.A. el 3%, con márgenes operativos en ese mismo período (2009) de 49% para CONECEL S.A, 30% OTECEL S.A. y 0% para TELECSA S.A, por lo que, la SENATEL, en su informe técnico jurídico, concluye con acierto, que CONECEL S.A. estaría inmersa en una de las condiciones señaladas en el **artículo 27 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada**, que permitirían al CONATEL, declararle como operador dominante, ya que se cumple el supuesto del porcentaje mínimo de ingresos brutos de un servicio determinado (30%), esto es, el servicio móvil avanzado, en el servicio de voz, en todo el territorio ecuatoriano.

Que, habiendo establecido en forma técnica y jurídica, que el proveedor de servicio de telecomunicaciones (Servicio Móvil Avanzado) para el servicio de voz (en el mercado móvil-móvil) **CONECEL S.A.** se encuentra dentro uno de los supuestos señalados en el artículo 27 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones, una vez que se ha agotado el procedimiento administrativo el cual se ha desarrollado siguiendo las normas del **debido proceso** previstas en el **artículo 76 de la Constitución de la República**, garantizado a los tres operadores del Servicio Móvil Avanzado, el derecho a la defensa, bajo el **principio de contradicción** que implica su participación activa, con conocimiento y acceso pleno de los documentos e informes que obran del expediente, lo cual les ha permitido formular alegaciones y presentar sus descargos, apalancándose en el **principio de igualdad**, que les ha facultado para hacer valer sus derechos y que los mismos se cumplan sin ninguna restricción; y, observándose que todas las actuaciones realizadas por la administración, a través del CONATEL y SENATEL, se ha sujetado al **principio de legitimidad** (que se subordina a la legalidad) y **juridicidad**, el CONATEL, en ejercicio de sus competencias, con fundamento en las razones de hecho y de derecho señaladas:

RESUELVE:

Artículo 1. Avocar conocimiento, acoger e incorporar a la presente Resolución, el contenido íntegro del Informe Técnico Jurídico remitido por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones mediante oficio SNT-2010-0766 del 28 de julio de 2010, así como los contenidos de los informes finales de la consultoría sobre el "Análisis del Mercado del Servicio Móvil Avanzado, Determinación de Mercados Relevantes y Operador Dominante" y la Asesoría para el "Análisis de los aspectos regulatorios para la calificación de operador dominante", en los términos y bajo los lineamientos señalados en el Informe Técnico Jurídico, antes mencionado de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones.

Artículo 2. Calificar y declarar a la compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL como operador dominante en el mercado móvil-móvil para el servicio de voz, en todo el territorio ecuatoriano.

Artículo 3. La compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL queda sometida al cumplimiento de las obligaciones propias de un operador dominante, mismas que

se hallan señaladas en el artículo 30 del Reglamento General de la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada; así como, queda inmersa en las prohibiciones determinadas en el artículo 31 del mismo cuerpo normativo, dejando a salvo sus derechos establecidos en el artículo 32 Ibidem.

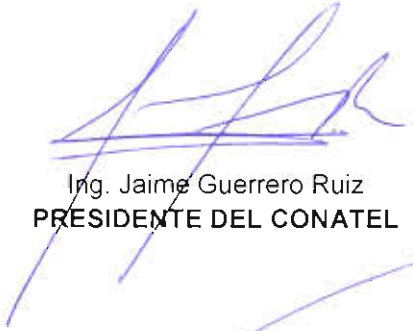
Artículo 4. La calificación de operador dominante, podrá ser revisada, a petición de CONECEL S.A , cuando por causas supervinientes, se considere que ha dejado de tener la condición de operador dominante en el mercado móvil-móvil para el servicio de voz, a nivel nacional; no obstante de lo cual, se deja el derecho de acción, ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, o Sala de la Corte Provincial de Justicia, conforme a lo previsto en el Código Orgánico de la Función Judicial.

Artículo 5. El CONATEL en ejercicio de sus competencias regladas adoptará en el momento que estime pertinente, previo informe de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones las medidas que correspondan al régimen de Operador Dominante

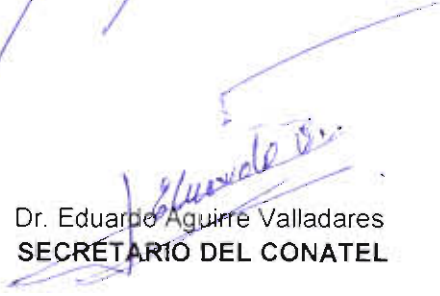
Artículo 6. Notifíquese con el contenido de la presente Resolución, a: Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, OTECEL S.A, TELECSA S.A, Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y Superintendencia de Telecomunicaciones.

Artículo 7. La presente Resolución entrará en vigencia de manera inmediata una vez notificada.

Dado en Quito, el 30 de julio de 2010



Ing. Jaime Guerrero Ruiz
PRESIDENTE DEL CONATEL



Dr. Eduardo Aguirre Valladares
SECRETARIO DEL CONATEL