

Guayaquil, 01 de Julio del 2015

Señora Ing.

ANA PROAÑO DE LA TORRE

Directora Ejecutiva

AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES

Presente.-

ASUNTO: OBSERVACIONES AL PROYECTO DE REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DEL PAGO POR CONCENTRACIÓN DE MERCADO PARA PROMOVER LA COMPETENCIA

De mi consideración:

En razón del aviso al público realizado por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones –ARCOTEL- a través de su página Web, y en mi calidad de Gerente de Regulación e Interconexión y Procurador Judicial de la compañía ECUADORTELECOM S.A. dentro del proceso de análisis, discusión y promulgación del proyecto normativo denominado “OBSERVACIONES AL PROYECTO DE REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DEL PAGO POR CONCENTRACIÓN DE MERCADO PARA PROMOVER LA COMPETENCIA”, me permito remitir para el análisis correspondiente las observaciones que mi representada tiene al respecto.

Comentarios generales:

El proyecto presentado no guarda armonía con lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador, puesto que inobserva y violenta el artículo 84 que señala que la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

Si partimos de que la Constitución en el artículo 83 reconoce como derecho constitucional de las personas a la seguridad jurídica y que este derecho se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, y que en la Constitución en el Título IX – Supremacía de la Constitución – artículo 425 se establece el orden jerárquico de aplicación de las sistema jurídico nacional (normas), y se establece en dicho artículo un orden de prelación, jerarquía y aplicación entre ellas, así como se dispone que las autoridades y servidores públicos, en caso de conflicto entre las normas, lo deben resolver mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

Conforme el orden jerárquico establecido constitucionalmente los decretos y reglamentos, las ordenanzas, los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos se encuentran por debajo de la Constitución, los tratados y convenios internacionales, las leyes orgánicas y ordinarias, de las normas regionales y de las ordenanzas distritales. Esta prelación busca precautelar la idoneidad de las normas jurídicas y su sistema de aplicación, ya que toda norma, a excepción de la Constitución, encuentra su fundamentación en las normas jerárquicas superiores a

través de las cuales se establecen y desarrollan los derechos y obligaciones fundamentales, así como también se manda, prohíbe o permite a las personas y al Estado ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones conforme las directrices emanadas de las normas jerárquicamente superiores.

Por todo lo señalado, es indudable que la promulgación del Reglamento para la aplicación del pago por concentración de mercado, no es procedente; ya que la seguridad jurídica a la cual tienen derecho todas las personas, incluidos los operadores de telecomunicaciones privados, requiere de la existencia de normas jurídicas previas, claras y públicas, como sería el Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en el cual se desarrollaran todos los principios y disposiciones normativas que están contempladas en la Ley. Así mismo, es necesario considerar que el reglamento sometido a Audiencia Pública es una norma secundaria que tiene como único propósito reglamentar el cobro a los operadores privados de un porcentaje de sus ingresos a fin de evitar las distorsiones en el mercado y promover la competencia, es por tanto indispensable que ARCOTEL cuente con las definiciones y criterios mínimos que se establezcan en el Reglamento de Mercados, puesto que el artículo 31 de la Ley señala que ARCOTEL con sujeción al Reglamento de Mercados debe determinar al menos cada dos años los mercados relevantes a servicios y redes, tanto minoristas como mayoristas y el ámbito geográfico.

No es procedente, bajo ningún punto de vista, sostener que la obligación contenida en el artículo 31 para ARCOTEL, sea restringida, puesto que la definición o determinación de los mercados relevantes de servicios y redes y el ámbito geográfico es parte de cualquier noción básica para realizar un análisis de competencia, análisis que requiere la consideración de otras variables, tales como los consumidores, usuarios o abonados. Así mismo, la norma citada claramente establece un mínimo de actuación para ARCOTEL, la cual está supeditada a lo que se señale en el Reglamento de Mercados

Por otra parte el artículo 33 también obliga a ARCOTEL a considerar para la determinación de que si un prestador de servicios tiene o no poder de mercado, a los mercados relevantes y a otros mercados de referencia estrechamente vinculados, por tanto es indudable y no soporta análisis alguno sostener que los abonados y clientes de un servicio concesionado, son parte fundamental de la determinación de los mercados relevantes y de relevancia, puesto que son ellos en su calidad de demandantes de los servicios una variable fundamental a ser considerada en momento de la determinación de la concentración en dichos mercados. Por tal razón consideramos que no es procedente que se excluya, como se ha sostenido en el informe de presentación del proyecto, que el artículo 34 no está vinculado a lo preceptuado en los artículos 31 al 33 y por tanto se pretenda emitir el reglamento en análisis sin antes contar con el Reglamento de Mercados.

Finalmente debo indicar que el reglamento en análisis contiene disposiciones que contravienen el ámbito de regulación establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones para los prestadores privados, puesto que al pretender ampliar a través del artículo 2 del proyecto el ámbito de aplicación de la norma hacia los prestadores privados que actúen bajo la figura de una misma marca o denominación comercial y a las empresas vinculadas, se contraviene con lo establecido en los artículos 32 y 34 de la Ley que señalan claramente que es necesario la existencia del Reglamento de Mercados para imponer, modular, modificar, o suprimir obligaciones a los operadores con poder de mercado o preponderantes. Por tanto, no cabe regulación de ninguna naturaleza, en materia de uso de marcas, respecto a los operadores privados que no hayan provenido de las condiciones pre establecidas en el Reglamento de Mercados según lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley. Finalmente es preciso considerar que la Ley clara y expresamente señala que son los prestadores

privados quienes están sujetos a pago por concentración de mercados y no contempla la Ley otras modalidades para

En el supuesto no consentido de que ARCOTEL no considerare todos los argumentos expuestos y prosiguere en la tramitación del Reglamento para la aplicación del pago por concentración de mercado, me permito poner a su consideración los siguientes cometarios:

Comentarios específicos:

Al artículo 2:

Como se mencionó anteriormente en el artículo 2 del proyecto se amplía la obligación de pago a los prestadores de servicios privados de telecomunicaciones que actúen bajo la figura de una misma marca o denominación comercial o en caso de existencia de empresas vinculadas. Cabe señalar que el artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones no prevé esta situación, puesto que se limita a señalar como sujetos obligados únicamente a los prestadores privados que concentren mercado en función del número de abonados o clientes. Bajo ningún concepto la Ley ha previsto que se pueda imponer obligaciones de pago, conforme lo establecido en el artículo 34, a otros operadores de servicios que no ostenten la calidad de operadores con poder de mercado o preponderantes.

Al artículo 4:

En el artículo 4 se hace mención a la existencia de mercados de referencia, definición que no se encuentra desarrollada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, puesto que la Ley reconoce expresamente los mercados relevantes y los mercados de relevancia, por lo que se recomienda eliminar el termino de mercados de referencia y ajustarlos a las definiciones establecidas previamente en la Ley o aquellas que surjan del Reglamento General que estaría por ser promulgado.

Por otra parte, en el mismo artículo 4 es necesario considerar que el mercado relevante se define, por regla general, como un mercado específico en términos de producción y área geográfica y en términos de producto como un mercado de un bien específico producido y comercializado, o de la prestación de un servicio determinado y en términos geográficos por la localización de compradores y vendedores, por lo que no es factible que se excluya para efectos del establecimiento y determinación de los mercados para el pago por concentración a las empresas públicas que prestan los servicios de telecomunicaciones en dichos mercados, por lo que solicitamos que se agregue en el numeral 3 del artículo 4 después de la palabra servicios, las palabras “públicos y privados” quedando por tanto el numeral 3 de la siguiente forma:

3) Prestadores de servicios públicos y privados que se consideren parte del mercado de relevancia.

Al artículo 6:

En el segundo párrafo del artículo 6 se menciona que se entenderá como abonados, clientes o suscriptores activos a las personas naturales o jurídicas que hayan contratado el servicio y en virtud de ello reciban y estén en capacidad de usar el mismo en el mes objeto de reporte. Si consideramos que los abonados, clientes o suscriptores pueden haber suscrito el contrato, y por motivos imputables a ellos, como por ejemplo la falta de pago, recibir el servicio de manera parcial, por

ejemplo: solamente generar llamadas entrantes y llamadas salientes a los números de emergencia o recibir la señal de televisión de los canales públicos, solicitamos que se agregue en el segundo párrafo luego de las palabras el mismo la siguiente “plenamente” , además solicitamos que se elimine de este párrafo lo siguiente “independientemente de su plan comercial contratado u otras circunstancias derivadas de la ejecución del contrato de prestación del servicio”, puesto que según lo previsto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, artículo 23, es obligación de los abonados, clientes y usuarios cumplir con los términos y condiciones del contrato de prestación de servicios celebrado con el prestador, independientemente de su modalidad, quedando por tanto el párrafo de la siguiente manera:

Se entenderá como abonados, clientes o suscriptores activos a las personas naturales o jurídicas que hayan contratado el servicio y en virtud de ello reciban y estén en capacidad de usar el mismo **plenamente** en el mes objeto de reporte.

Al artículo 7:

Solicitamos la eliminación del segundo párrafo del artículo 7, puesto que la determinación de concentración del mercado para un grupo de prestadores que actúen bajo la figura de una misma marca o denominación comercial requiere previamente de la emisión del Reglamento de Mercados, conforme lo establece el artículo 33 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, puesto que será necesario, conforme la Ley, que previo a considerar a los abonados o clientes y suscriptores activos del grupo de prestadores involucrados se establezca la concentración o no del mercado, situación que se debe realizar conforme lo establecido en los artículos 31,32 y 33 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Al artículo 8:

Solicitamos la eliminación del segundo párrafo del artículo 8 por las razones ya expuestas en líneas anteriores.

A las Disposiciones Transitorias:

Con respecto a la Primera Disposición Transitoria solicitamos que el mercado de servicios de telecomunicaciones de Audio y Video por Suscripción será desagregado conforme los medios de acceso, es decir Servicios de Audio y Video por Suscripción por Cable y Servicios de Audio y Video por Suscripción por Satélite.

Así mismo, solicitamos que la aplicación del presente reglamento, sus efectos y el periodo de cálculo y pago, se lo realice a partir de la publicación del Reglamento en el Registro Oficial, considerando que por principio general la Ley, norma superior, no obliga sino para lo venidero y no tiene efecto retroactivo conforme lo manda el Código Civil Ecuatoriano. Así mismo al analizar lo preceptuado en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones se evidencia que dicha norma, por mandato del legislador, requiere de un desarrollo normativo por parte de ARCOTEL. Desarrollo que conforme lo establecido en la Quinta Disposición Transitoria se debe realizar dentro del plazo de 180 días contados a partir de la publicación de la Ley en el Registro Oficial, por lo tanto el periodo de cálculo y pago de las obligaciones establecidas en el artículo 34 no puede iniciar antes de que se haya cumplido con la emisión de la regulación correspondiente, hecho que hasta la presente fecha no ha sido realizado. Cabe señalar que en ninguna parte de la Ley se faculta a ARCOTEL a establecer

normas o regulaciones con carácter retroactivo y por ende no es jurídicamente procedente que se pretenda establecer obligaciones a los prestadores privados con esta característica extraordinaria.

Por tanto solicitamos que se elimine de la disposición primera el siguiente párrafo:

Para efectos de aplicación de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en la determinación correspondiente al segundo trimestre del año 2015, se incluirá el periodo comprendido entre el 18 de febrero y 31 de marzo del este mismo año.

Atentamente,

Dr. Andrés Jácome
Gerente de Regulación
ECUADORTELECOM S.A.