

AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES
Teléfono(s): 2947800

H-3

Documento No. : ARCOTEL-2015-006513
Fecha : 2015-06-30 16:25:23 GMT -05
Recibido por : Joaquina Victoria Trujillo Carrillo
Para verificar el estado de su documento ingrese a
<http://www.gestiondocumental.gob.ec>
con el usuario: "1705520771"

Quito, 30 de junio de 2015

VPR-9661-2015

Ingeniera
Ana Vanessa Proaño de La Torre
Directora Ejecutiva
ARCOTEL
En su despacho

De mi consideración:

En relación con el Proyecto de “*Reglamento para la Aplicación del Pago por Concentración de Mercado para Promover la Competencia*” (en lo sucesivo, Proyecto de Reglamento), exponemos las siguientes observaciones y sugerencias:

I. Comentarios Generales:

De conformidad con lo establecido en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones “(...) *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 (...)*”.

1.1. Resulta oportuno precisar que se entiende por abonado o cliente según la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. El art. 21 señala:

“Definición y tipos de usuarios: (...) El usuario que haya suscrito un contrato de adhesión con el prestador de servicios de Telecomunicaciones, se denomina abonado o suscriptor y el usuario que haya negociado las cláusulas con el prestador se denomina Cliente”.

El art. 22 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece, en 24 incisos, los “*Derechos de los abonados, clientes y usuarios*”. Todos estos incisos guardan relación con las obligaciones del prestador del servicio de telecomunicaciones hacia el consumidor final del servicio. Es decir, en estos incisos se excluye obligaciones para la prestación de los servicios mayoristas, que forman parte de la red de un tercero.

Esta aclaración es pertinente, por cuanto en los títulos habilitantes los operadores podemos comercializar servicios mayoristas y minoristas. Incluso algunos servicios mayoristas bajo consideración de obligación regulatoria a falta de acuerdo comercial entre las Partes. Es decir, la aplicación del Art. 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sólo alcanza a los servicios minoristas y excluye a los mayoristas.

En gran medida los servicios mayoristas configuran la “Red pública de telecomunicaciones” y sus pagos son por el uso de la red de manera que el otro operador preste el servicio al usuario final. El Art. 10 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones señala que:

“Toda red de la que dependa la prestación de un servicio público de telecomunicaciones; o sea utilizada para soportar servicios de terceros será considerada una red pública y será accesible a los prestadores de servicios de telecomunicaciones que lo requieran, (...)”.

En consecuencia de la aplicación del Art. 34 quedan excluidos los siguientes servicios mayoristas:

Servicio de Interconexión
El servicio de Roaming Nacional
El servicio de MVNO
El servicio Portador ofrecido a otros operadores
El servicio de conectividad submarina y satelital

Para ejemplificar, en el contexto del Art. 34, por ejemplo, no cabe que un operador que tenga un cliente mediante un acuerdo de roaming nacional (o MVNO), que es un servicio de telecomunicaciones (ese operador tendría el 100% de los clientes de roaming nacional o MVNO) y aplicando la tabla del Art. 34 se le pondría una penalidad del 9% de sus ingresos. Con el agravante conceptual de que su aplicación es contraria a la finalidad del Art. 34, puesto que el acuerdo de roaming nacional o MVNO aumento el nivel de competencia o redujo la distorsión competitiva y por la vía regulatoria se estableció su obligatoriedad a falta de acuerdo de las partes para incentivar la competencia.

Otro ejemplo es la conectividad satelital, submarina o portadora, que no se presta al usuario final. Es decir por sí misma no constituye servicio alguno. El servicio se configura cuando otro operador integra este recurso pasando a formar parte de su red, es decir, la red misma de telecomunicaciones (en este caso con un recurso de un tercero). Es consecuencia, sólo cuando se integra a la red de un operador se puede prestar el servicio a los abonados o clientes y establecer su concentración de mercado como dispone el Art. 34.

Los cargos de interconexión y su estructura tienen correlación directa con la concentración del mercado (efecto externalidad de red), pero son consideraciones que no tienen correlación con el criterio establecido en el Art. 34. Es decir, la interconexión no es más que la integración temporal (mientras dure la llamada o SMS) de la red del otro operador, y los cargos tienen por finalidad reconocer dicho uso de la red. Es decir, no está sujeto a las consideraciones del artículo 34.

Adicionalmente a las consideraciones conceptuales y legales antes expuestas, desde el punto de vista económico también se genera una distorsión exógena que no lleva a “*Fomentar la inversión nacional e internacional, pública o privada para el desarrollo de las telecomunicaciones*”, como es uno de los objetivos de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por cuanto se producirían varios pagos por los mismos hechos: i) por el servicio mayorista del operador que lo otorga y ii) por el servicio minorista por el operador que lo utiliza.

De conformidad con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones se verifica que el uso de los servicios mayoristas antes señalado constituye de manera parcial o total la red del otro operador, para soportar servicios de éste. En consecuencia, la red de telecomunicaciones, en ninguna de sus modalidades está sujeta a la aplicación del artículo 34, ya sea para quién la vende o para quién la integra.

 En virtud de lo expuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y de los artículos antes citados de la propia Ley, sólo deben ser sujetos pasivos

del pago por concentración de mercado aquellos prestadores de servicios respecto a los ingresos que se generen por la venta del mismo a usuarios finales y no por los servicios mayoristas.

- 1.2. Respecto a la base imponible, el referido artículo 34 debemos destacar que la norma se refiere a los “(...) *ingresos totales anuales* (...)”. Es decir, los ingresos por los servicios que constituyen el hecho generador de la concentración del mercado, que son los facturados y percibidos por el servicio concesionado. Si no se percibe ingresos, mal se puede pagar por ellos, y de ser así, el % de pago en función de los ingresos, resultarían superiores a los previsto en la norma, adicionalmente, no procede el pago por ingresos cuyo hecho generador no es el servicio concesionado como por ejemplo ingresos por la venta de terminales, por la venta de aplicaciones digitales, por el envío de factura, por servicios prestados a terceros (facturación, sos, seguros, etc), por la venta de activos, por los servicios mayoristas (en este último caso es por el uso de la red), etc.
- 1.3. Respecto a la determinación de la participación de mercado en el trimestre, la propuesta reglamentaria señala que “*se considerará la participación promedio trimestral de abonados, suscriptores o clientes activos, con base a la información reportada mensualmente* (...)”. Consideramos que lo adecuado es determinar la participación de mercado real en el trimestre y no establecer en base a promedios, por las distorsiones matemáticas que ello genera, sin ajustarse a la Ley.

II. Observaciones al Articulado:

1. Artículo 6:

Por lo expuesto, sugerimos la siguiente redacción:

Artículo 6.- Abonados o clientes y suscriptores para la determinación del mercado de referencia.- Para la determinación del número de abonados o clientes y suscriptores de un servicio concesionado, autorizado o registrado vinculado con el mercado de referencia, de conformidad con la normativa vigente se considerarán a los abonados, clientes o suscriptores activos en dicho prestador correspondientes al ámbito geográfico de dicho mercado, que han sido reportados, con desglose mensual, por los prestadores de servicios del mercado de referencia y serán verificados por ARCOTEL, a través de la realización de auditorías técnicas o acciones de supervisión y control respectivas, conforme las obligaciones constantes en sus títulos habilitantes y normativa aplicable.

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, independientemente de su plan comercial contratado u otras circunstancias derivadas de la ejecución del contrato de prestación del servicio. **No se considerarán como abonados, clientes o suscriptores a los servicios o capacidad a nivel mayorista para su reventa o uso en la prestación de otro servicio minorista por otro operador de telecomunicaciones.**

Sin perjuicio de las calificaciones establecidas en leyes y reglamentos vigentes, la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL podrá definir especificaciones o criterios de caracterización de abonados, clientes o suscriptores activos de servicios de telecomunicaciones en general o para un servicio específico, los cuales serán de obligatoria aplicación para fines del presente reglamento; así mismo, la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL podrá determinar concentración de mercado a un grupo de prestadores que actúen bajo la figura de una misma marca o denominación comercial, o en caso de existencia de empresas vinculadas, en ambos casos respecto del mercado de referencia bajo análisis.

En este último caso, el análisis, declaratoria y obligación de pago, se realizará considerando al grupo de empresas vinculadas como un solo participante del mercado.

2. Artículo 7:

Con el fin de que el presente articulado tenga consistencia con el Art. 34 de la LOT, sugerimos el siguiente cambio:

Artículo 7.- Determinación de la concentración de mercado.- Para fines del presente reglamento, la determinación de la concentración de mercado en función del número de abonados, clientes o suscriptores se realizará respecto del periodo de referencia; considerando para el efecto, la participación promedio trimestral de abonados, suscriptores o clientes activos, con base en la información reportada por los prestadores para el periodo en consideración, **según la siguiente fórmula matemática:**

$$\frac{n_{A1} + n_{A2} + n_{A3}}{N_1 + N_2 + N_3} = \textit{Participación trimestral}$$

Donde:

n_{At} Representa el total abonados que tiene el operador A en el mes t.
 N_t Representa el total abonados del mercado en el mes t.

Al finalizar el año fiscal, se deberá verificar que la suma de los pagos realizados en cada uno de los cuatro trimestres, no exceda el porcentaje del total de ingresos anuales correspondientes al intervalo de participación de mercado, especificados en la tabla del Artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. En caso que sobrepasen se procederá a su devolución del excedente.

En caso de determinación de concentración de mercado para un grupo de prestadores que actúen bajo figura de una misma marca o denominación comercial, o en caso de existencia de empresas vinculadas, se considerarán los abonados o clientes y suscriptores activos del grupo de prestadores involucrados.

3. Artículo 8:

Conforme a las consideraciones realizadas sobre la definición y alcance de los ingresos a los fines del cálculo del monto a pagarse para cumplir con la obligación establecida en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones

Artículo 8.- Ingresos de referencia para determinación del monto a recaudar.- Para el pago trimestral que deben realizar los prestadores de servicios de telecomunicaciones y servicios por suscripción en aplicación del presente reglamento, y que debe ser recaudado por la ARCOTEL, cada prestador detallará en el formato que establezca la ARCOTEL para tal fin, los ingresos **facturados y percibidos a los usuarios finales**, totales por el servicio en el mercado de referencia respecto del cual se realiza la declaratoria, **según la información contenida en los estados financieros, conforme a las normas contables aceptadas en el Ecuador (NIF).**

En caso de determinación de concentración de mercado para un grupo de prestadores que actúen bajo la figura de una misma marca o denominación comercial, o en caso de existencia de empresas vinculadas, se considerarán los ingresos del grupo de prestadores involucrados correspondientes al servicio de referencia. (...).

Se excluyen de los ingresos de referencia los servicios mayoristas que son utilizados por terceros para la prestación de un servicio de telecomunicaciones a usuarios finales por parte de otro prestador concesionado o autorizado así como otros ingresos que no constituyen parte del servicio concesionado o autorizado conforme con lo previsto en el título habilitante correspondiente o que no causan la concentración del mercado.

3 Contrato de Concesión

Los comentarios sobre la propuesta reglamentaria, la realizamos al margen de los derechos previstos en el Contrato de Concesión, cuyo equilibrio económico es un derecho del concesionario, una vez que fueron pactadas sus condiciones.

Atentamente,



Hernán Ordóñez
VICEPRESIDENTE REGULATORIO