

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

H-8

Documento No. : ARCOTEL-2015-015362
Fecha : 2015-12-02 15:57:31 GMT -05
Recibido por : Jimena Alexandra Rentería Angamarca
Para verificar el estado de su documento ingrese a
<http://www.gestiondocumental.gob.ec>
con el usuario: "9998766647"

Quito, 02 de diciembre de 2015

VPR-10918-2015

Ingeniera
Ana Vanessa Proaño de La Torre
Directora Ejecutiva
ARCOTEL
Presente

De mi consideración:

En relación con el Proyecto de “*Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes*” (en lo sucesivo, Proyecto de Reglamento), exponemos las siguientes observaciones y sugerencias:

I. Comentarios Generales:

El Proyecto de Reglamento en todo su articulado debe respetar la Constitución, la recientemente promulgada Ley Orgánica de Telecomunicaciones (en lo sucesivo LOT) y los títulos habilitantes (en el caso de OTECEL, S.A. el Contrato de Concesión). Por tal motivo, alertamos sobre las siguientes contradicciones e inconsistencias conceptuales contenidas en el referido Proyecto:

1.1. Del respecto de los contratos de concesión:

El Proyecto de Reglamento procede a derogar una multiplicidad de reglamentos vigentes que regulan diversos servicios de telecomunicaciones y establecen derechos u obligaciones para los operadores del sector de telecomunicaciones. Dichos instrumentos normativos se encontraban vigentes al momento del otorgamiento de los títulos habilitantes a los operadores y, en el caso de OTECEL, S.A., al momento de la suscripción de la renovación de Contrato de Concesión del Servicio Móvil Avanzado (2008). En este sentido, a fin de garantizar la seguridad jurídica y establecer un marco de estabilidad jurídica para la ejecución de la Concesión, el mencionado Contrato establece la siguiente definición de Legislación Aplicable:

*“**Legislación Aplicable:** Comprende en materia de telecomunicaciones la Ley Especial de Telecomunicaciones, su Reglamento General, reglamentos y resoluciones de carácter general que se encuentren vigentes en el Ecuador en la Fecha de Entrada en Vigencia.*

Se exceptúa de lo anterior los regímenes de (i) asignación y autorización para el uso de frecuencias; (ii) de interconexión; (iii) de competencia; e (iv) infracciones y sanciones de carácter legal, regímenes que se sujetarán 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.

Las bandas de Frecuencias Esenciales, así como el régimen de tarifas por el uso de las Frecuencias Esenciales concesionadas en el presente Contrato, según lo establecido en el Anexo 3, se mantendrán vigentes durante la ejecución del Contrato. Cualquier concesión de nuevas Frecuencias



Esenciales se regirá por el régimen vigente a la fecha en la que sean solicitadas.”

Sobre el particular, debemos alertar a ARCOTEL que la modificación sobrevenida de instrumentos normativos que constituyen la Legislación Aplicable al Contrato de Concesión y otros títulos habilitantes similares, en caso de que se afecten las cláusulas contractuales o tales modificaciones constituyan una alteración o ruptura del equilibrio económico financiero de la Concesión o que genere perjuicios en tal sentido a los operadores, pueden generarse controversias contractuales o demandas para que se indemnicen a los operadores que hayan sido afectados por tales modificaciones, lo cual, si afecta a muchos operadores podría generar un contingente judicial/arbitral y financiero para el ARCOTEL y, en consecuencia, para el Estado Ecuatoriano.

Así, si bien la Disposición Transitoria Primera de la LOT establece que permanecerán vigentes los títulos habilitantes y, que en caso de contradicción o divergencia entre lo estipulado en los títulos habilitantes y las disposiciones de la referida Ley, su Reglamento General o los actos derivados de su aplicación, prevalecerán éstas disposiciones, dicha norma no invalida los Contratos de Concesión y tampoco excluye la realización de reclamos por parte de los concesionarios ni la responsabilidad del Estado o la Administración frente a la modificación unilateral de los contratos, el incumplimiento contractual (ya sea por actos u omisiones) ni tampoco elimina la procedencia de indemnizaciones por responsabilidad de la Administración por los conceptos antes mencionados. Es decir, los concesionarios podrán seguir ejerciendo sus derechos contractuales y defenderse frente a la afectación de éstos, utilizando para ello las herramientas estipuladas en el referido instrumento contractual.

1.2. Del título habilitante para Operadores Móviles Virtuales y la prohibición constitucional y contractual de discriminación:

La LOT establece los siguientes conceptos: i) Neutralidad tecnológica (Art. 3 numeral 13), lo que significa los mismos derechos y obligaciones para el mismo servicio de manera indistinta a la tecnología, ii) realiza una separación regulatoria entre redes y servicios de telecomunicaciones (Título II, CAPITULOS I y CAPITULO II de la LOT, respectivamente. Esto significa que las redes y los servicios requieren distintos títulos habilitantes (Art. 11 y Art. 15 de la LOT). En el caso de un OMV entonces requiere de un título habilitante por el servicio y, en este caso, se le exime de que se incluya en el mismo por la red (puesto que se le impone la obligación de acceso a otro prestador para que su red sea utilizada por el OMV). El servicio que presta el OMV no es otro que el Servicio Móvil Avanzado, y el título habilitante que la LOT impone se encuentra especificado en el Art. 37 de los LOT.

El artículo 37 de La LOT establece los tipos de títulos habilitantes dependiendo del servicio de que se trate. Así, conforme a lo establecido en el numeral 1 de dicho artículo para el Servicio Móvil Avanzado (SMA) se requiere una Concesión. Es de hacer notar que la Ley no contempla excepciones o diferenciaciones por el tipo de acceso o red que se requiera para prestar el SMA ni por tecnología. Es decir, según expresa norma legal el título habilitante de “Concesión” aplica para todos los casos de prestación del SMA, ya sea que dicha prestación se realice con red propia o utilizando la red de otro operador (acceso), como es el caso de los Operadores Móviles Virtuales (OMV). En consecuencia, donde no distingue el legislador no puede distinguir ni el aplicador de la Ley ni el que la reglamenta ni mucho menos los operadores, haciendo que dicha distinción sea ilegal.

No obstante la claridad legal antes referida, nos genera mucha preocupación que en el Proyecto de Reglamento ARCOTEL ha procedido a establecer una diferenciación – a todas luces ilegal- para los OMV que prestan el SMA, en el sentido de que a estos operadores se les sujeta a un título de “Registro” - sin justificación técnica, legal u operativa alguna- que comporta menores



obligaciones que la “Concesión”, generándose un trato discriminatorio ilegal frente al resto de operadores del SMA que sí cuentan con red pero se les sujeta a un título de Concesión.

En este sentido, debemos precisar que todos los operadores del SMA son iguales ante la Ley y, en virtud del derecho constitucional a la igualdad (Numeral 4 del Art. 66 de la Constitución) incluso ratificado en el Contrato de Concesión (Cláusulas 28 y 38), resulta improcedente que en el Proyecto de Reglamento se establezca un régimen más favorable para los operadores del SMA que son Operadores Móviles Virtuales que resulta discriminatorio (y por tanto, inconstitucional) para los otros operadores del SMA que no son OMV y que usan su propia red, incluso en franca violación de lo establecido en el numeral 1 del artículo 37 de la LOT. Llama mucho la atención que este régimen discriminatorio pareciera ser un castigo para los operadores del SMA que invierten en desplegar una red y que pagan cuantiosas sumas por derechos de concesión y por la asignación de espectro, todo lo cual genera un negativo clima para la inversión, además de la inconstitucionalidad e ilegalidad anteriormente anotadas.

Finalmente, debemos alertar que establecer discriminaciones como la anteriormente descrita puede considerarse como un trato discriminatorio contrario al Tratado Comercial negociado entre la UE y Ecuador (pendiente de aprobación final).

1.3. De la necesidad del respeto a la jerarquía normativa prevista en la Constitución:

El artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador establece la jerarquía normativa que debe existir en los distintos instrumentos normativos partiendo de la Constitución como Norma Suprema. En ese orden jerárquico, el Reglamento General a la LOT es una norma de rango superior a los reglamentos particulares o secundarios que puede emitir la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones a través de su Directorio.

Aún no se cuenta con la aprobación del Reglamento General de la LOT. Es inusual y contradictorio con el principio de jerarquía normativa que se proponga un reglamento inferior sin contar con el reglamento de rango superior. Sin duda este reglamento superior regulará múltiples aspectos que harán que ya no se requieran ser incluidos en uno inferior o incluso podrían tener elementos distintos a ser tomados en cuenta. Se debería contar con un estudio que muestre para cada reglamento en caso específico que es lo que no se ajusta a la LOT o a las políticas de desarrollo que requiere el MINTEL. Adicionalmente, se debe evaluar el grado de impacto en los Contratos de Concesión, puesto que los mismos están vinculados al marco regulatorio vigente a la firma de éstos contratos.

Al respecto, la ARCOTEL debe tener en cuenta lo que establece el numeral 2 del Art. 85 de la Constitución de la República del Ecuador, a saber:

“Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto”.

II. Observaciones al Articulado:

2.1. Artículos 1 y 2:

Los artículos 9, 10 y 11 de la LOT regulan el establecimiento y explotación de redes públicas de telecomunicaciones. EL artículo 11 sujeta al establecimiento, instalación o explotación de redes



públicas de telecomunicaciones a “(...) *la obtención del correspondiente título habilitante otorgado por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones*” (Cursivas mías).

No obstante la exigencia legal antes referida, en el Proyecto de Reglamento se omite cualquier mención a la regulación del establecimiento, instalación o explotación de redes y, específicamente, no se indica ni regula el título habilitante que se requiere para ello como lo exige el artículo 11 de la LOT. En consecuencia, a fin de que el Proyecto de Reglamento cumpla con la Ley necesariamente se debe incluir la regulación sobre las redes y su régimen jurídico.

2.2. Artículo 4:

Nuevamente alertamos que se debe incluir en el Proyecto de Reglamento la regulación sobre el establecimiento, instalación o explotación de redes y los títulos habilitantes respectivos. Así, se debe incluir la definición de qué tipo de título habilitante se requiere cuando se otorgue únicamente el establecimiento de una red (en este caso no se trata de la prestación de un servicio de telecomunicaciones al usuario final y tiene obligaciones de acceso). Adicionalmente, debe señalarse como se procederá cuando se otorga el título habilitante para la prestación de un servicio y el establecimiento de la red simultáneamente.

2.3. Artículo 16:

Esta norma es violatoria de lo establecido en el artículo 39 de la LOT que establece – sin excepciones- que “(...) *No obstante de las exoneraciones indicadas, las empresas públicas de telecomunicaciones deberán cumplir con la política pública que emita el ente rector de las telecomunicaciones y con las obligaciones de carácter social, de servicio universal o de ejecución de políticas públicas que disponga la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones para devengar la asignación de espectro radioeléctrico realizada por el Estado. Estas obligaciones son independientes de las relacionadas con la contribución al Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones*”. Nótese que la norma de la LOT no establece de forma relativa la obligación de las empresas públicas de devengar las asignación de espectro y, en el artículo 16 del Proyecto de Reglamento se incluye la frase “ de ser el caso” como si no procediera en todos los casos ese devengo, lo cual es ilegal.

2.4. Artículo 22:

- 2.4.1. En el listado de títulos habilitantes que contiene este artículo se debe incluir el título habilitante que corresponda para el establecimiento, instalación o explotación de red, incluyendo el caso en el que no se da una prestación de servicios a terceros.
- 2.4.2. En el antepenúltimo párrafo de este artículo se indica que no se otorgará título habilitante de registro a los revendedores, cuando la LOT de forma expresa en el numeral 3 del artículo 37 establece que para la reventa se otorga el título habilitante de registro que es distinto a la sola inscripción del contrato de reventa o del revendedor en el Registro Público de Telecomunicaciones. Esto es sumamente grave porque el Proyecto de Reglamento que es una norma inferior a la LOT no puede establecer regulaciones que, en forma expresa o flagrante, vayan en contra de la Ley.
- 2.4.3. Respecto al último párrafo de este artículo es absolutamente innecesario incluir las obligaciones del operador con poder de mercado o preponderante en el título habilitante cuando el mercado es cambiante y las obligaciones que se impongan pueden ser particulares, a la medida o transitorias y puede requerirse su cambio o adaptación cada dos años como mínimo. La LOT no exige tal inclusión y no agrega



ningún valor a los efectos de la efectividad o eficacia de las medidas u obligaciones ni respecto al mercado de telecomunicaciones de que se trate.

2.5. Artículo 23:

Esta norma alude al contrato administrativo de concesión como instrumento jurídico bilateral suscrito entre el Estado y el operador (ya regulado por el ERJAFE). Se debe reconocer la posibilidad de que el operador negocie con el Estado (ARCOTEL) los términos del contrato antes de su aprobación final por ARCOTEL y posterior firma, como ha sido siempre y como se indica en el Proyecto de Reglamento en el caso de las renovaciones, dado que ello otorga transparencia al proceso y permiten generar un clima de seguridad jurídica y fomenta la inversión.

2.6. Artículo 27:

En el último párrafo de este artículo se debe indicar que la determinación sobre la procedencia de adjudicación directa o proceso público competitivo se realizará de conformidad con lo establecido en la LOT (artículos 51 y 52).

2.7. Artículo 36:

Respecto al artículo 36 reproducimos en esta oportunidad lo indicado anteriormente en este escrito sobre el título habilitante que debe usarse para todos los operadores SMA según el numeral 1 del artículo 37 de la LOT (concesión) y sobre la inconstitucionalidad, ilegalidad y trato discriminatorio que comporta en establecer un título de permiso para los operadores del SMA que presten el servicio a través de una operación móvil virtual (OMV).

Genera mucha preocupación que, al no sujetarse al título habilitante de concesión a los operadores del SMA que presten dicho servicio a través de una operación móvil virtual o uso de red e infraestructura de otro operador sino que se sujete a un registro. Es decir, a pesar de que los operadores móviles virtuales prestan el mismo servicio que el resto de los operadores del SMA que invierten en red e infraestructura, tendrían un régimen de obligaciones mucho más favorable que los operadores de red, lo cual resulta a todas luces violatorio del derecho a la igualdad y constituye un trato evidentemente discriminatorio y, en consecuencia, inconstitucional e ilegal. Aunado a ello, ya indicamos al inicio de este escrito que ARCOTEL no puede variar lo establecido en la Ley y que el numeral 1 del artículo 37 establece expresamente que el título habilitante para los operadores del SMA (salvo las empresas públicas) es el de concesión y, el establecer un título de registro para los OMV es ilegal por contravenir dicha norma legal.

Cabe destacar que en el Reglamento para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado bajo la Modalidad de Operadores Móviles Virtuales para Fomentar la Sana y Leal Competencia, emitido por el extinto CONATEL mediante la Resolución No. TEL-627-20-CONATEL-2014 de fecha 12 de agosto de 2014 (Registro Oficial Suplemento No. 315 de fecha 20 de agosto de 2014) actualmente vigente, establece lo siguiente:

“Artículo 12.- Naturaleza del título habilitante.- El título habilitante del OMV para la prestación del SMA, consistirá de una concesión para empresas de régimen privado, público, de economía popular y solidaria y para empresas de compañías de economía mixta en las que el Estado posea mayoría accionaria. En el caso de empresas públicas el título habilitante será una autorización.

Dicho título será otorgado por la SENATEL, previa autorización del Consejo Nacional de Telecomunicaciones CONATEL, y se registrará por las normas generales previstas en la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada y



su Reglamento General, Reglamento para Otorgar Concesiones de los Servicios de Telecomunicaciones y demás normativa vigente, en lo que aplique respecto de cada tipo de solicitante”.

Además, dicho Reglamento ratifica la improcedencia de realizar un trato discriminatorio entre operadores de red o establecidos del SMA y operadores móviles virtuales atendiendo al ordenamiento jurídico vigente y los títulos habilitantes, en los siguientes términos:

“Artículo 26.- De conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente y los títulos habilitantes, la SENATEL, el CONATEL y la SUPERTEL deberán dar un trato igualitario y no discriminatorio, en lo que fuere aplicable, a los OMEA y a los OMV en su condición de operadores del Servicio Móvil Avanzado”.

Conforme a lo establecido en el Proyecto de Reglamento, se evidencia un retroceso respecto a lo establecido en la normativa vigente que sí respeta el derecho a la igualdad y prohibía la discriminación y, en el Proyecto se establece de forma expresa un trato discriminatorio contrario a la Constitución, la Ley y lo estipulado en los títulos habilitantes.

2.8. Artículo 41:

Esta norma establece que la excepcionalidad y la procedencia de su análisis o verificación es potestad del Directorio. Al respecto, debemos precisar que la Constitución establece una calificación expresa de sector estratégico y servicio público a todos los servicios de telecomunicaciones (Art. 313), sin excepciones por tipo de servicio. Asimismo, se establece que el Estado podrá “(...) *de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, en los casos que establezca la Ley*” (Art. 316). Por su parte, la LOT en su artículo 15 establece los casos en que se puede proceder a la delegación de servicios de telecomunicaciones y del uso del espectro radioeléctrico y los parámetros para evaluar la excepcionalidad.

Así, tanto la Constitución como la LOT establecen los parámetros para la delegación y, en ningún caso, excluyen del régimen de excepcionalidad ni del análisis de la procedencia de la delegación de forma excepcional a determinados servicios o usos del espectro radioeléctrico. Sin embargo, sorpresivamente, esta norma—de forma inconstitucional, ilegal y discriminatoria— atribuye competencia al Directorio de ARCOTEL para evaluar los casos en que procede realizar el análisis de excepcionalidad y en cuáles excluir dicho análisis, competencia ésta que no consta en el artículo 146 de la LOT que regula las competencias del Directorio y que, además, puede generar un trato discriminatorio a operadores de distintos servicios. Ello es violatorio de la garantía de la reserva legal en materia de competencia según el cual los órganos de la Administración Pública sólo pueden ejercer las competencias que le han sido atribuidas expresamente por ley (Art. 226 de la Constitución).

2.9. Artículos 44 y 45:

El numeral 1 del artículo 37 de la LOT establece que para el uso y explotación del espectro radioeléctrico (así su uso esté asociado a un servicio que requiere título habilitante de registro de servicio) se requiere una concesión y no un Registro como se indica en los artículos 44 y 45 del Proyecto de Reglamento. Reiteramos que un reglamento no puede variar o contradecir lo que establece la LOT.



2.10. Artículo 62:

2.3.1. En el segundo párrafo de este artículo se indica que ARCOTEL “(...) los servicios susceptibles de reventa son inicialmente los de telefonía fija, telefonía móvil y portadores. La Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL podrá, mediante resolución, incluir otros servicios como susceptibles de reventa; adicionalmente, podrá establecer condiciones específicas para la reventa de los servicios, a fin de evitar distorsiones en el mercado” (Cursivas nuestras). Sobre el particular, debemos precisar que los acuerdos de reventa están vinculados con la libertad comercial de los operadores (como una manifestación de la libertad económica reconocida y protegida por el Texto Constitucional) y su decisión de incurrir en diversos esquemas comerciales para la comercialización de sus servicios. Esto ha sido reconocido por la propia LOT que en su artículo establece como derecho de los prestadores de servicios de telecomunicaciones en los siguientes términos:

“(...) 6. Gestionar la venta y distribución de sus servicios en forma directa o a través de terceros, mediante modalidades tales como reventa, acuerdos de distribución y cualquier otra. En ningún caso, el prestador dejará de ser responsable del cumplimiento de sus obligaciones y estará sujeto a las regulaciones aplicables” (Cursivas nuestras).

Así, conforme a lo citado no sólo aplica este derecho a los prestadores de telefonía fija o del SMA sino que aplica a todos los operadores de servicios de telecomunicaciones, sin excepciones. Tal derecho no puede ser limitado o restringido a través del Proyecto de Reglamento –acto normativo de rango sub-legal- como consta en su artículo 62.

2.11. Artículo 63:

No se entiende el concepto de “acceso a la información” dado que siempre se realiza vía IP el acceso a Internet. Pareciera que se trata de lo que hoy conocemos por “Cibercafé”. Sugerimos aclarar el alcance de dicho concepto, definirlo o sustituirlo por alguno vinculado con el acceso a Internet ya que el acceso a información puede darse en bibliotecas u otros espacios.

2.12. Artículo 66:

En relación con el último párrafo del artículo 66, resulta absurdo que se exija un título habilitante de registro para el uso del espectro radioeléctrico calificado como bandas de uso libre, ya que es intrínseco al concepto de “uso libre” que no se requiera ningún trámite o habilitación para dicho uso, como los casos de los controles remotos o las redes WIFI. En consecuencia, sugerimos eliminar dicho párrafo.

2.13. Artículo 71:

Nuevamente debemos precisar que, por expreso mandato del numeral 1 del artículo 37 de la LOT, para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, así sea que dicho uso esté vinculado a un servicio sujeto a registro, se debe otorgar una concesión. Se debe corregir esto en los numerales de este artículo 71 que hacen referencia al título habilitante de Registro e indicar que dicho título se refiere al servicio y no al uso del espectro radioeléctrico.

2.14. Artículo 78:

En este artículo se establece que otorgarán concesiones temporales “por un (1) año”. Sin embargo, no se toma en cuenta que algunos eventos, incluso de interés del Estado, que requieren dicho título habilitante de forma temporal (Ejemplo: visita del papá o eventos de dos días). Por ello, se



sugiere dejar flexibilidad en lo que respecta a la duración del título habilitante temporal para uso del espectro radioeléctrico, indicando que se podrán otorgar hasta por un (1) año.

2.15. Artículo 79:

Es importante que el Estado, a través de la ARCOTEL, pueda tener varias opciones para optimizar la asignación del espectro y el precio que paguen los interesados por dichas asignaciones. Así, debe incluirse la modalidad de subasta en la cual se asigne, mediante puja previa, a la mejor oferta económica. Esta modalidad es reconocida en la mayoría de países como una alternativa eficaz. Igualmente, ha sido reconocido en Ecuador en los reglamentos que regulan la asignación del espectro radioeléctrico y no vemos ninguna razón para excluir dicha modalidad como una de las formas del procedimiento público competitivo de ofertas, el cual debería tener dos opciones, una el “concurso de belleza” y, la otra, modalidad de subasta.

2.16. Artículo 81:

Se debe incluir la modalidad de subasta. En el numeral 7 se debe incluir la posibilidad de un valor “base” en el caso de que la ARCOTEL decida proceder a la asignación del espectro radioeléctrico por subasta dado que el precio final depende de las ofertas que presentes los participantes en la subasta.

2.17. Artículo 82:

En este artículo se establece una calificación de prácticas monopólicas (en su título) y regula prácticas colusorias de los participantes en el procedimiento de asignación de espectro. Al respecto, debemos precisar que la prohibición de realización de prácticas monopólicas o colusorias ya se encuentre establecida de forma general en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en los artículos 9 y 8, respectivamente.

Consideramos que la ARCOTEL no tiene potestad para establecer o tipificar conductas como constitutivas de abuso de poder de mercado o colusión dado que ello corresponde a la Ley. Igualmente, corresponde a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado y no a la ARCOTEL determinar si determinada conducta de uno varios participante en el procedimiento de asignación de espectro constituye abuso de poder de mercado o colusión.

Así, se puede concluir que el control de la realización de las referidas prácticas o acuerdos dicha práctica no corresponde al ámbito sectorial de las telecomunicaciones sino que debe ser ejercido por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. En consecuencia, se debe eliminar el artículo 82 y sólo indicar que la ARCOTEL o los interesados podrán denunciar ante la referida Superintendencia cuando tengan conocimiento de la realización de prácticas colusorias.

2.18. Artículo 84:

2.18.1. Insistimos en que no se debe dejar de lado el mecanismo de proceso público competitivo a través de la modalidad de subasta. Se debe incluir dos tipos de procedimientos: i) concurso de belleza y, ii) subasta.

2.18.2. En el numeral 1 de este artículo se debe indicar que se incluirá un borrador de modelo de contrato y, otorgar la posibilidad de que se negocie el documento final entre ARCOTEL y el adjudicatario del espectro, como sucede en el caso de las renovaciones.



2.18.3. Se debe incluir un numeral que regule el procedimiento de subasta cuando ARCOTEL se decida por dicho mecanismo de asignación.

2.18.4. En el numeral 4 de este artículo debe incluir que la ARCOTEL definirá el precio o precio base en atención a los parámetros establecidos en la LOT no en base a los intereses institucionales o del Estado como se indica dado que ello es totalmente discrecional y no atiende a lo establecido en la Ley.

2.19. Artículo 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93 y 94:

Reproducimos el comentario sobre la inclusión de la modalidad subasta en el proceso público competitivo de ofertas como una alternativa y establecerse la regulación sobre dicho procedimiento. En consecuencia, sugerimos modificar todos los artículos que conforman el Capítulo correspondiente.

2.20. Artículo 102:

2.20.1. Resulta completamente contrario a la seguridad jurídica y la estabilidad que se requiere para apalancar y fomentar las inversiones lo establecido en el numeral 6 de este artículo que contiene una obligación para el titular del título habilitante de uso del espectro radioeléctrico “(...) *sujetarse a las condiciones que establezca la ARCOTEL, respecto de los convenios bilaterales o multilaterales vigentes, para la cobertura de zonas fronterizas*”. Dicha obligación no está incluida en la LOT ni en los títulos habilitantes y es ilimitada y excesiva. Debe sujetarse a la resolución de problemas de interferencia o solucionar temas de roaming fronterizo en favor de los usuarios de diversos países.

2.20.2. Lo mismo sucede con el numeral 9 de este artículo que establece una potestad ilimitada a la ARCOTEL para establecer nuevas obligaciones no previstas en la LOT ni en los títulos habilitantes.

2.21. Artículo 103:

2.21.1. La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (Arts. 14 y ss.) establece el régimen ecuatoriano de control de concentraciones dirigido a evaluar ex ante los posibles efectos de tales concentraciones económicas (que comportan un cambio de control), sus efectos en el mercado de que se trate, sujetando su realización a un régimen de notificación previa y a la posibilidad de que la Superintendencia de Control de Mercado autorice, niegue la autorización para su realización o sujete a determinadas condiciones su ejecución.

En el ámbito sectorial, teniendo en cuenta que las concesiones y el resto de títulos habilitantes se otorgan con el carácter personalísimo *-intuitu personae-*, resulta justificado que la ARCOTEL deba conocer determinadas actuaciones que inciden en el control de la empresa, lo cual ha sido reconocido por la LOT y en los títulos habilitantes. Así, no todo cambio en la titularidad de acciones constituye un cambio de control, es decir, si se venden dos acciones de la empresa pudiera no darse un cambio de control pero puede ser conveniente que ARCOTEL conozca de dicha venta más no que la autorice. Por ello, sugerimos que se adapte el primer párrafo de este artículo que mezcla erradamente dicho escenario con cambios de control y se incluya que sólo cambios en las titularidad de acciones en determinado porcentaje significativo o que constituya efectivamente un cambio de control, tal y como está en



el contrato de concesión y en el párrafo sobre “*Transferencia o cesión de acciones que no implique cambio de control*” de este mismo artículo.

- 2.21.2. Respecto al párrafo que se refiere a la prohibición para empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones de adquisición de acciones, participaciones o ejerzan el control en otras empresas que presten el mismo servicio, consideramos que la Ley que regula las concentraciones económicas no contiene una prohibición absoluta ex ante de este escenario, sino que lo sujeta a un régimen de autorización previa de la Superintendencia. Es de hacer notar que determinadas concentraciones económicas pueden generar eficiencias económicas, sociales, fomentar la innovación, combatir monopolios y favorecer la competencia y, el establecer prohibiciones absolutas va en contra del espíritu de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que tiene el carácter orgánico y, es especial aplicable a todas las concentraciones económicas.

Igualmente, esta prohibición puede significar un obstáculo para el propio Estado que decida realizar acuerdos que impliquen de alguna forma el cambio de control, venta de acciones, participaciones en empresas públicas o mixtas a otros operadores de los mismos servicios, más si tomamos en cuenta la actual situación económica del país la cual puede generar la necesidad para el Estado de acudir a tales alternativas de participación privada en empresas públicas. Adicionalmente, no se especifica si la prohibición de vinculación opera solamente dentro del país, o se extiende a empresas relacionadas en el exterior. Este es un tema importante a considerar y aclarar.

- 2.21.3. Las las Cláusulas 15 y 16 del Contrato de Concesión establecen las obligaciones y reglas respecto de las autorizaciones e informaciones que deben cumplirse en el caso de cesiones o transferencias de las acciones. Las reglas que incluye el Proyecto son más extensas y diferentes. Incluyen todo cambio de control sobre el capital accionario, las transferencias que no impliquen cambio de control, la modificación del capital, la reforma de estatutos, aumento o disminución de capital. Nuevamente pareciera que el Proyecto de Reglamento pretende invalidar lo estipulado en el Contrato de Concesión.
- 2.21.4. Se sugiere eliminar el último párrafo de este artículo ya que excede de las competencias de ARCOTEL el evaluar si los cambios de control u otros acuerdos descritos en este artículo afectan o no la competencia, dado que ello corresponde de forma exclusiva a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Lo que corresponde a ARCOTEL es analizar los aspectos sectoriales de tales acuerdos, su implicación en los títulos habilitantes, en aspectos técnicos, en la prestación del servicio, en el acceso, en la infraestructura, en el interés general y, en caso de que presuma que puede tener efectos en el mercado solicitar el pronunciamiento de la SCPM o que el operador solicite la autorización correspondiente de éste ente.

2.22. Artículo 104:

La transferencia o cesión del título habilitante y las fusiones puede ser considerado como una concentración económica y, en consecuencia, requiere que en todos los casos se aplique el régimen de control de concentraciones establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento General conforme a lo establecido en tales normas, por lo que se sugiere reformular este artículo en tal sentido.



2.23. Artículo 107:

Esta norma es contraria a lo estipulado en la Cláusula 7 del Contrato de Concesión que otorga libertad a las empresas para la instalación, ampliación renovación tecnológica y actualización de las redes y plataformas asociadas al servicio concesionado, sin que para ello se requiera autorización alguna, siempre que no se altere el objeto de la concesión y se realicen en las bandas de frecuencias asignadas. Además, en vez de simplificar los trámites operativos que es un proyecto del Gobierno Nacional a través de la Secretaría Nacional de la Administración Pública, genera trámites engorrosos, innecesarios y que aumentan la carga burocrática.

2.24. Artículo 108:

Sugerimos eliminar este artículo dado que, según la libertad económica y comercial y, en base a los análisis e intereses estratégicos de las empresas, éstas deben decidir dónde y cuándo realizar modificaciones, instalaciones o actualizaciones tecnológicas, siendo totalmente innecesario e inconveniente otorgar un plazo a tales efectos a las operadoras.

2.25. Artículo 109:

En el primer párrafo de renovación se realizará conforma lo que indique la LOT, su reglamento general de aplicación, el presente reglamento, y lo señalado en los títulos habilitantes, cuando lo establecido en el Proyecto de Reglamento varía –violentando lo establecido en el Contrato de Concesión- el procedimiento para la renovación y los plazos, lo cual es contradictorio y es imposible aplicar diversas estipulaciones y disposiciones normativas que son distintas y no guardan coherencia entre sí. Nuevamente, insistimos en la necesidad de respecto de los contratos de concesión.

2.26. Artículo 110:

2.26.1. Se sugiere formular el numeral 8 de este artículo y adaptarlo a lo establecido en la última parte del primer párrafo del artículo 40 de la LOT que establece que *“Podrá negar el otorgamiento o renovación de tales títulos considerando la normativa, disposiciones o políticas que se emitan para tal fin, antes del trámite de solicitud de otorgamiento del título habilitante o su renovación”* (Cursivas nuestras).

2.26.2. Se sugiere incluir un numeral 9 que indique *“Lo dispuesto en los títulos habilitantes”*.

2.26.3. Al último párrafo de este artículo debe eliminarse dado que el análisis de la excepcionalidad aplica para el otorgamiento inicial no para la renovación de los títulos habilitantes, conforme lo establece expresamente el artículo 15 de la LOT.

2.27. Artículo 111:

2.27.1. En el numeral 4 de este artículo se exige proyecto técnico de expansión a cinco (5) años, sin embargo, es absurdo porque no se toma en cuenta que la expansión y/o ampliación de la red depende del valor de la concesión o su renovación y del costo final y proyecto de negocio que se derive de tal valor.

2.27.2. En los numeral 5 y 6 se exige la presentación de estudios o proyectos técnicos sin tener en cuenta que ello aplica para nuevos otorgamientos y no para las renovaciones, en los que existe una red que se encuentra operativa. Esto es objeto de negociación entre las partes y depende igualmente de la valoración de la concesión.



2.27.3. El numeral 2 establece como plazo para solicitar la renovación tres (3) años de anticipación a la fecha de vencimiento, lo cual varía lo establecido en el Contrato de Concesión (cinco años). Igualmente, parece absurdo que se tenga que presentar toda la documentación que exige este artículo con tal plazo de anticipación a la renovación, cuando todavía para ese momento ni el Estado tendrá establecido los detalles sobre la renovación y, las condiciones finales depende de muchos factores que se generen durante el proceso y sean de interés de ambas partes.

2.28. Artículo 113:

2.28.1. Esta norma varía el procedimiento de renovación contenido en el Contrato de Concesión, en cuanto al procedimiento y los plazos, nuevamente generándose inseguridad jurídica para los operadores y variándose unilateralmente la concesión. Consideramos que se debe incluir una transitoria en el Proyecto de Reglamento que indique que se respetarán los procedimientos de renovación contenidos en los Contratos de Concesión.

2.28.2. El numeral 4 se establecen parámetros para no renovar la concesión que son distintos a los contenidos en el artículo 40 de la LOT. Se sugiere incluir que se podrá negar la renovación por las causas establecidas en la LOT en base a los informes emitidos conforme a lo indicado en este artículo.

2.28.3. En el ante penúltimo párrafo de este artículo consideramos que un término de cuatro (4) días es sumamente corto teniendo en cuenta las actividades operativas de aprobaciones, gestión de garantías, trámite en notarías, gestión de pago y revisión de documentos que deben realizarse, por lo que sugerimos un término treinta (30) días. Igualmente, se debe establecer la posibilidad de que cualquier de las partes solicite prórroga por causas justificadas por igual período.

2.28.4. Conforme a la sugerencia anterior sobre la posibilidad de prórroga, se sugiere eliminar el penúltimo párrafo de este artículo.

2.29. Artículo 114:

En el numeral 4 se sugiere otorgar un término de quince (15) días para la suscripción conforme a los argumentos detallados en el punto 2.28.3 de este escrito.

2.30. Artículo 115:

2.30.1. Al final del numeral 6 se sugiere incluir la frase “y en los títulos habilitantes”.

2.30.2. Se debe respetar lo establecido en el artículo 46 de la LOT y evitar incluir nuevos parámetros no previstos en dicha norma. En el numeral 7 de este artículo se incluye la frase “por incumplimientos del título habilitante o la Ley”, la cual no consta en el numeral 7 del artículo 46 de la LOT.

2.30.3. Se sugiere revisar el tercer párrafo del numeral 8 dado que es absurdo que se elimine el servicio de telecomunicaciones y no se busque una alternativa que proteja a los usuarios, teniendo en cuenta que se trata de un servicio público vinculado al interés general.



2.31. Artículo 116:

Esta norma varía sustancialmente lo establecido en los Contratos de Concesión respecto al procedimiento para la extinción de los títulos habilitantes y plazos, por lo que nuevamente alertamos sobre los efectos de desconocer o alterar lo estipulado en los Contratos de Concesión y la necesidad de su respeto por parte de ARCOTEL.

2.32. Artículos 119 a 123:

Consideramos importante que se cumpla con las disposiciones de la LOT y lo establecido en los títulos habilitantes en materia de reversión, por todas las razones antes expuestas.

2.33. Artículo 207:

Este artículo, además de modificar el régimen de garantías de los contratos de concesión vigentes, lo cual altera el equilibrio económico financiero de la concesión (sobre lo cual ya nos pronunciamos anteriormente en el escrito), establece un régimen absurdo y desproporcionado sobre las garantías de fiel cumplimiento. Así, las garantías contractuales (de la concesión) se deben establecer para garantizar al Estado como ente concedente el cumplimiento de las obligaciones contractuales y económicas relacionadas con la concesión y no para garantizar cualquier obligación presente o futura establecida en la LOT o en reglamento posteriores que emita la ARCOTEL. Esta amplitud que pueda llegar a ser infinita representa un obstáculo para que una aseguradora o un banco puedan conocer el alcance de las obligaciones que se deben garantizar y, por lo tanto, hace complejo definir el monto de la garantía y su consecuente costo. Por ello, resulta inadecuado establecer una garantía infinita que abarque cualquier obligación indeterminable y se sugiere modificar el artículo y adaptarlo a lo ya existente en los títulos habilitantes.

2.34. Artículo 208:

El Proyecto de Reglamento, al igual que los contratos de concesión, debe definir expresamente los tipos de garantía que podrán escoger los concesionarios u operadores para garantizar el cumplimiento de sus títulos habilitantes. No se puede otorgar potestad discrecional a la ARCOTEL para variar la definición de las garantías dado que ello atenta contra la seguridad jurídica y estabilidad que debe tener el régimen jurídico de las telecomunicaciones. Se sugiere modificar este artículo para eliminar la discrecionalidad de la ARCOTEL para modificar el régimen jurídico de las garantías.

2.35. Artículo 209:

En los contratos de concesión del SMA se establece que la garantía tendrá cobertura durante toda la vigencia del título habilitantes y ciento ochenta (180) días adicionales. En cambio, en el artículo 209 del Proyecto de Reglamento se establece una cobertura adicional únicamente de noventa (90) días. Se solicita respetar el contrato de concesión y modificar este artículo en tal sentido.

2.36. Artículo 213:

Nuevamente, este artículo –al igual que el 207- pretende modificar el régimen de garantías de los contratos de concesión vigentes lo cual altera el equilibrio económico financiero de la concesión (sobre lo cual ya nos pronunciamos anteriormente en el escrito), establece un régimen absurdo y desproporcionado sobre las garantías de fiel cumplimiento. Así, las garantías contractuales (de la concesión) se deben establecer para garantizar al Estado como ente concedente el cumplimiento de las obligaciones contractuales y económicas relacionadas con la concesión y no para garantizar



cualquier obligación presente o futura establecida en la LOT o en reglamento posteriores que emita la ARCOTEL. Reproducimos los comentarios realizados respecto al artículo 207.

Asimismo, se sugiere respetar los plazos de entrega de las garantías, ejecución y sustitución establecidos en el contrato de concesión o títulos habilitantes.

2.37. Artículo 223:

La Constitución en su artículo 227 establece que la Administración Pública debe actuar atendiendo al principio de transparencia. Asimismo, el numeral 2 del artículo 18 del Texto Constitucional establece como derecho constitucional de todos los ciudadanos “(...) *Acceder libremente a la información generada en entidades públicas (...). No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley (...)*”. La Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública y su Reglamento General establecen los supuestos taxativos en los cuales se puede calificar una información como reservada y, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado también establece la información comercial que puede calificarse como confidencial.

No obstante, el Proyecto de Reglamento (sin que exista una norma en la LOT en este sentido) procede a calificar como confidenciales determinada información, por ejemplo, la información que conste en modelos utilizados para determinar cargos de interconexión o acceso y, además, atribuye una potestad amplia y discrecional a la ARCOTEL para declarar como confidencial cualquier otra información o documentación “(...) *que estime pertinentes*”.

Al respecto, considerando que es un derecho constitucional y que ya en la Ley ya se encuentran regulados los supuestos de excepción a tal derecho, no puede atribuirse en un Reglamento potestades a la ARCOTEL para restringir dicho derecho constitucional sino que cualquier calificación como confidencial debe sujetarse a la ley no a lo que estime pertinente la ARCOTEL.

Finalmente, en el caso del ejercicio de potestades de fijación de cargos de interconexión o acceso por parte de ARCOTEL, el calificar en todos los casos como confidencial la información utilizada para tal fijación constituye una limitación o restricción al derecho a la defensa de los operadores, los cuales al no poder conocer la información que se use para dicha fijación, se verán impedidos de ejercer de forma adecuada y oportuna su derecho constitucional a la defensa, todo lo cual es inconstitucional.

2.38. Artículo 224:

Según la LOT (artículos 67 y 68) sólo existen los regímenes mayoristas de interconexión y acceso y ya no se incluye el régimen de conexión. Por tal motivo, sugerimos modificar el literal g) de este artículo y referirlo sólo a interconexión y acceso.

2.39. Disposición General Cuarta:

Esta norma otorga potestades discrecionales a la ARCOTEL para modificar o suprimir las fichas descriptivas de los títulos habilitantes contenidas en el Anexo del Proyecto de Reglamento. Al respecto, debemos precisar que en virtud del principio de inderogabilidad singular de los Reglamentos y de la jerarquía normativa establecida en la Constitución (Art. 425). El Reglamento que se pretende emitir en esta oportunidad es competencia del Directorio por lo que, en virtud de los principios de paralelismo de competencias y paralelismo formal, quien debe modificarlo es el Directorio, previa tramitación del procedimiento de audiencias públicas. Igualmente, el artículo 67 del ERJAFE prohíbe que mediante un acto particular (de la Directora Ejecutiva de ARCOTEL,



en este caso) se vulnere lo establecido en una disposición de carácter general, aun cuando tengan un grado igual o superior a éstas.

Así, el establecer la referida potestad a la Directora Ejecutiva de ARCOTEL constituye una usurpación de funciones del Directorio, además de violentar el principio de jerarquía normativa, por lo que solicitamos su eliminación.

2.40. Disposición General Sexta:

Esta Disposición elimina, es decir, la ARCOTEL modifica las Cláusulas contenidas en el Contrato de Concesión relacionada con los incumplimientos contractuales. Dicha eliminación es completamente desproporcionada, dado que, si bien la LOT en su Disposición Transitoria Primera indica que prevalecerá la LOT frente a los títulos habilitantes, también es cierto que la LOT reconoce la vigencia de tales títulos y no indica que éstos deben dejar de aplicarse como se pretende con esta Disposición General Sexta del Proyecto de Reglamento.

En este sentido, OTECEL, S.A. reconoce las potestades de ARCOTEL y la vigencia de la LOT. Sin embargo, eliminar por completo lo estipulado en los Contratos de Concesión es contrario a la seguridad jurídica y la estabilidad y genera un inadecuado clima de inversión. Más, si tomamos en cuenta que recientemente los operadores móviles realizaron una inmensa inversión por el pago del espectro para 4G y la implementación de dicha tecnología en beneficio de los ciudadanos ecuatorianos, partiendo de que el Estado respetaría las reglas de juego y el Contrato de Concesión y, contrariamente, a través del Proyecto de Reglamento se pretende desconocer en gran medida el contenido pactado en el Contrato de Concesión.

Consideramos que el MINTEL y ARCOTEL deben evaluar detenidamente los efectos nocivos que puede tener para el sector en general, el desconocer o eliminar los Contratos de Concesión y debe ponderar adecuadamente los intereses y afectaciones en juego con este proceder.

2.41. Disposición General Duodécima:

Ni en el ordenamiento jurídico vigente ni en el Contrato de Concesión se establecen disposiciones que restrinjan la libertad de los operadores de manejar la identificación de su inventario de radiobases. Ya se cuentan con obligaciones de reportar las radiobases que permite a la ARCOTEL tener conocimiento y control sobre el cumplimiento de obligaciones contractuales y legales relacionadas con las radiobases. La forma de identificación de radiobases debería dejarse a la libre decisión del operador y, evitar que los operadores incurran en nuevos gastos no previstos por temas relacionados con la identificación de las radiobases.

2.42. Disposición Transitoria Séptima:

La Constitución establece una calificación expresa de sector estratégico y servicio público a todos los servicios de telecomunicaciones (Art. 313). Asimismo, se establece que el Estado podrá "(...) de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, en los casos que establezca la Ley" (Art. 316). Por su parte, la LOT en su artículo 15 establece los casos en que se puede proceder a la delegación de servicios de telecomunicaciones y del uso del espectro radioeléctrico.

Así, tanto la Constitución como la LOT establecen los parámetros para la delegación y, en ningún caso, excluyen del régimen de excepcionalidad ni del análisis de la procedencia de la delegación de forma excepcional a determinados servicios o usos del espectro radioeléctrico. Sin embargo, sorpresivamente, la Disposición Transitoria Séptima –de forma inconstitucional, ilegal y



discriminatoria- excluye el análisis de excepcionalidad a los servicios sujetos a registro para diversos servicios, lo cual no tiene fundamento alguno.

Cabe destacar que, nuevamente, se genera un trato más favorable para los prestadores del SMA que sean operadores móviles virtuales (OMV) respecto a los operadores del SMA que sí cuentan con red, al excluirlos del análisis de excepcionalidad previsto en la Constitución y la Ley. Como de indicó antes, los OMV que prestan el SMA prestan un servicio de telecomunicaciones para el cual la Constitución y la Ley exigen que la delegación sea excepcional y a través de concesión (numeral 1 del artículo 37 de la LOT) y que se analice que se cumplan los supuestos de excepcionalidad y, sin embargo, el Proyecto de Reglamento les otorga un trato más favorable que, además, es inconstitucional e ilegal. En consecuencia, solicitamos nuevamente que se establezca el título habilitante de concesión para los OMV que presten el SMA y que, se cumplan lo establecido en la Constitución y la LOT respecto al análisis de la excepcionalidad y, por tal motivo, solicitamos que esta Disposición Transitoria Séptima sea eliminada.

2.43. Ficha del SMA a través de OMV:

Reproducimos en esta oportunidad las consideraciones realizadas sobre el trato discriminatorio por el establecimiento de títulos habilitantes y, consecuentemente, obligaciones diferenciadas para los OMV del SMA en detrimento de los operadores del SMA que cuentan con red propia. En consecuencia, solicitamos que establezca un título de concesión.

Asimismo, se sugiere tener en cuenta que la operación móvil virtual del OMV puede ser distinta o menor al área de cobertura que tiene el operador móvil establecido anfitrión (OMEA) y, en la ficha se indica erradamente que es la misma cobertura.

2.44. Ficha de acceso a Internet:

Si el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, desea promover la masificación de Internet e incluso que dicho servicio sea prestado en zonas rurales o desatendidas, no es muy coherente con tal fin que se establezca la obligatoriedad de prestación a nivel nacional como consta en esta ficha. Pueden darse prestadores regionales o locales y ello no debe ser obstaculizado sino promovido.

Atentamente,



Carolina Turín
VICEPRESIDENTE REGULATORIO (E)