

RESOLUCION No. ARCOTEL-2016-CZ2-027**ORGANISMO DESCONCENTRADO: COORDINACIÓN ZONAL No. 2 DE LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES - ARCOTEL**

ING. MIGUEL ÁNGEL JÁTIVA ESPINOSA
COORDINADOR ZONAL No. 2

CONSIDERANDO:**1. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA:****1.1 TITULO HABILITANTE**

El Estado Ecuatoriano ha suscrito el Contrato de Provisión de Cable Submarino a través de la Secretaria Nacional de Telecomunicaciones y la Compañía TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES ECUADOR S.A.

1.2 FUNDAMENTO DE HECHO

Con oficio Nro. ARCOTEL-DRS-2015-1161-OF de 11 de septiembre de 2015 ingresado en las oficinas de TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES ECUADOR S.A. el 15 de septiembre de 2015, la Dirección de Regulación de Servicios de Telecomunicaciones en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 439 el 18 de febrero de 2015 y del Reglamento para la Aplicación del Pago por Concentración de Mercado para Promover la Competencia expedido mediante la Resolución No. 006-05-ARCOTEL-2015 de 29 de julio de 2015, notificó a la prestadora TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES ECUADOR S.A. sobre la concentración de mercado alcanzada en el primero y segundo trimestres del 2015 y el porcentaje de sus ingresos totales a pagar al Estado en aplicación del mencionado artículo de la LOT. Adicionalmente, se indica que se concedió a TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES ECUADOR S.A., el plazo de 10 días para realizar el pago, contados a partir de la notificación del referido oficio.

La siguiente tabla es parte del mencionado oficio remitido a TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES ECUADOR S.A.

TRIMESTRE	PERÍODO	PARTICIPACIÓN PORCENTUAL DE MERCADO	PAGO RESPECTO A LOS INGRESOS TOTALES POR SERVICIO
I Trimestre 2015	18 de febrero al 31 de marzo de 2015	80%	9 %
II Trimestre 2015	1 de abril al 30 de junio de 2015	80%	9 %

Con oficio Nro. ARCOTEL-DRS-2015-1344-OF de 10 de noviembre de 2015 ingresado en las oficinas de TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESAL SERVICES ECUADOR S.A., la Dirección de Regulación de Servicios de Telecomunicaciones en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 439 el 18 de febrero de 2015 y del Reglamento para la Aplicación del Pago por Concentración de Mercado para Promover la Competencia, expedido mediante la Resolución No. 006-05-ARCOTEL-2015 de 29 de julio de 2015, notificó a la prestadora TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESAL SERVICES ECUADOR S.A. sobre la concentración de mercado alcanzada en el tercer trimestre del 2015 y el porcentaje de sus ingresos totales a pagar al Estado en aplicación del mencionado artículo de la LOT. Adicionalmente, se indica que se concedió a TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESAL SERVICES ECUADOR S.A., el plazo de 10 días para realizar el pago, contados a partir de la notificación del referido oficio,

La siguiente tabla es parte del mencionado oficio remitido a TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESAL SERVICES ECUADOR S.A.

TRIMESTRE	PERÍODO	PARTICIPACIÓN PORCENTUAL DE MERCADO	PAGO RESPECTO A LOS INGRESOS TOTALES POR SERVICIO
III Trimestre 2015	01-julio-2015 a 30-sep-2015	83.3%	9 %

La Dirección Financiera mediante memorando Nro. ARCOTEL-DFN-2015-1028-M de 25 de noviembre de 2015, informó que la prestadora del Servicio Móvil Avanzado TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESAL SERVICES ECUADOR S.A., entre otros no ha realizado el pago dispuesto por concepto de Concentración de Mercado para promover la competencia, correspondiente al tercer trimestre del 2015 en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

La misma Dirección con memorando Nro. ARCOTEL-DFN-2015-0932-M de 9 de noviembre de 2015 informó que la prestadora del Servicio Móvil Avanzado TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESAL SERVICES ECUADOR S.A., no ha realizado ningún pago por concepto de Concentración de Mercado para promover la competencia, en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Por lo que, con estos antecedentes, y tomando como referencia la Normativa Vigente, se presume que la empresa TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESAL SERVICES ECUADOR S.A., concesionaria para la prestación del Servicio Móvil Avanzado, se encontraría incumpliendo lo prescrito en el Artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 439 el 18 de febrero de 2015 y en el Reglamento para la Aplicación del Pago por Concentración de Mercado para Promover la Competencia expedido mediante la Resolución No. 006-05-ARCOTEL-2015 de 29 de julio de 2015.

1.3 ACTO DE APERTURA

Con fecha 4 de diciembre de 2015, se emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL No. 2015-CZ2-0049, el cual fue notificado a la COMPAÑÍA TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES ECUADOR S.A. el 7 de diciembre de 2015, de conformidad como lo establece el Memorando ARCOTEL-CZ2-2015-0917-M, de 8 de diciembre de 2015.

2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

2.1 AUTORIDAD Y COMPETENCIA

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

"Art. 226.- 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".

"Art. 261.- El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: ... 10. El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones..."

"Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.- Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.- Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley."

"Art. 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.- El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación."

LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

El artículo 116, incisos primero y segundo, establecen: **"Ámbito subjetivo y definición de la responsabilidad.-** El control y el régimen sancionador establecido en este Título se aplicarán a las personas naturales o jurídicas que cometan las infracciones tipificadas en la presente Ley.- La imposición de las

sanciones establecidas en la presente Ley no excluye o limita otras responsabilidades administrativas, civiles o penales previstas en el ordenamiento jurídico vigente y títulos habilitantes."

El artículo 125, de la norma *Ibidem*, señala que la potestad sancionadora le corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, la cual podrá iniciar de oficio o por denuncia, y deberá **"sustanciar y resolver el procedimiento administrativo destinado a la determinación de una infracción y, en su caso, a la imposición de las sanciones establecidas en esta Ley"**, garantizando el debido proceso y el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador.

El artículo 142, dispone: **"Creación y naturaleza.** Créase la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, técnica, económica, financiera y patrimonio propio, adscrita al Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información. La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones es la entidad encargada de la administración, regulación y control de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico y su gestión, así como de los aspectos técnicos de la gestión de medios de comunicación social que usen frecuencias del espectro radioeléctrico o que instalen y operen redes."

El artículo 144, determina: **"Competencias de la Agencia.-** Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: (...) 4. Ejercer el control de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, incluyendo el servicio de larga distancia internacional, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y a lo establecido en los correspondientes títulos habilitantes... 18. Iniciar y sustanciar los procedimientos administrativos de determinación de infracciones e imponer en su caso, las sanciones previstas en esta Ley."

Disposiciones Finales de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

"Primera.- Se suprime la Superintendencia de Telecomunicaciones, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) y la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones. Las partidas presupuestarias, los bienes muebles e inmueble, activos y pasivos, así como los derechos y obligaciones derivados de contrato, convenios e instrumentos nacionales e internacionales correspondientes a dichas entidades, pasan a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones".

Cuarta.- La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ejercerá las funciones de regulación, control y administración atribuidas al Consejo Nacional de Telecomunicaciones, Superintendencia de Telecomunicaciones y Secretaría Nacional de Telecomunicaciones en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, su Reglamento General y demás normativa."

Disposiciones transitorias de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones

"Sexta.- El directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, con el propósito de mantener la continuidad de las

actividades de Regulación, administración, gestión y control aprobará una estructura temporal de la Agencia, bajo las denominaciones que correspondan a la nueva institucionalidad...".

Resoluciones de ARCOTEL

Mediante Resolución No.001-01-ARCOTEL-2015, de 4 de marzo de 2015, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en cumplimiento de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, resolvió:

"Artículo 2.- Aprobar la estructura temporal de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, presentada con el informe técnico señalado en el artículo precedente, conforme consta del Anexo 1 de la presente resolución.

Artículo 3.- Autorizar a la Dirección Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones para que, con sujeción a la estructura temporal aprobada en el artículo 2 de la presente Resolución, defina el ámbito de competencias y atribuciones y realice las acciones que sean necesarias para el cabal funcionamiento de las Coordinaciones Nacionales, Técnicas y Generales, así como de las Direcciones y Unidades, según corresponda (...)"

El numeral 8 "**CONCLUSIONES**" del Informe Técnico para la aprobación de la Estructura Organizacional Temporal de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, de la Resolución *Ibidem* señalada:

"La estructura temporal de la ARCOTEL permitirá a la institución"

a) Garantizar la prestación de servicios y la entrega de los productos que proveían a sus usuarios la EX SENATEL, el EX CONATEL y la EX SUPERTEL, durante el tiempo previsto para la transición en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones"

Mediante Resolución 002-01-ARCOTEL-2015 de 04 de marzo de 2015, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en el artículo 1 resuelve: *"Designar a la Ingeniera Ana Vanessa Proaño De la Torre como Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, quien ejercerá las competencias y atribuciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás normas pertinentes."*

En base al artículo 3 de la Resolución No. 001-01-ARCOTEL-2015, emitida por el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, se delega a la Directora Ejecutiva para que en base a la estructura temporal aprobada defina las competencias y atribuciones para los diferentes órganos desconcentrados, por lo que la Ing. Ana Proaño de la Torre emite la Resolución ARCOTEL-2015-0132, publicada en el Registro Oficial N° 541, del sábado 11 de julio de 2015, en cuyo artículo 5 dispone:

"ARTÍCULO 5. DE LAS UNIDADES DESCONCENTRADAS.

La gestión desconcentrada de la ARCOTEL, estará a cargo de las unidades desconcentradas, que estarán conformadas por Coordinaciones Zonales y Oficinas Técnicas, y tendrán las siguientes atribuciones:

5.1 COORDINACIÓN ZONAL

El Coordinador Zonal, tendrá las siguientes atribuciones:

5.1.6. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES.

5.1.6.2 Sustanciar y resolver, lo que en derecho corresponda, respecto a los procedimientos administrativos sancionadores, correspondientes al cometimiento de infracciones tipificadas en los Artículos 117, 118, 119, y 120 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.”

Por otro lado es necesario manifestar que la estructura temporal de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, aprobada por el Directorio mediante Resolución Mo. 001-01-ARCOTEL-2015, reconoce la división de responsabilidades y da a la unidad desconcentrada la denominación de Intendencia Regional Norte y para efectos de aplicación de la Resolución Nro. ARCOTEL-2015-00132, la Disposición General Primera, determina que se tomen como equivalentes los términos “Intendencia Regional Norte” con “Coordinación Zonal 2”.

REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

“Art. 81.- Organismo Competente.- *El organismo desconcentrado de la ARCOTEL es el competente para iniciar, sustanciar y resolver, de oficio o a petición de parte, el procedimiento administrativo sancionador para la determinación de infracciones e imponer, de ser el caso, las sanciones previstas en la normativa legal vigente o en los respectivos títulos habilitantes, observando el debido proceso y el derecho a la defensa. También le corresponde sustanciar y resolver las reclamaciones por violación de los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, en este último caso, con excepción de las reclamaciones relacionadas a contenidos.*

Art. 83.- Resolución.- *La resolución del procedimiento administrativo sancionador deberá estar debidamente motivada y contendrá la expresión clara de los fundamentos de hecho y de derecho que sirvan para la imposición o no de la sanción que corresponda conforme lo previsto en la Ley y de ser el caso, en las infracciones y sanciones estipuladas en los respectivos títulos habilitantes... Sin perjuicio de las decisiones adoptadas por la ARCOTEL, los usuarios podrán interponer las acciones legales de las que se consideren asistidos contra el prestador de servicios”.*

Consecuentemente, esta Autoridad tiene competencia para sustanciar y resolver lo que en derecho corresponda sobre los procedimientos administrativos sancionadores.

2.2 PROCEDIMIENTO

En la tramitación de la causa y con el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL-2015-CZ2-0049, se ha procedido a notificar a la COMPAÑÍA TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES ECUADOR S.A., que ha comparecido a través de su apoderado judicial en el término establecido para ello; adjuntando pruebas de descargo de las que se cree

asistido, por lo que se han respetado los términos determinados en la ley y se ha observado las garantías del debido proceso determinadas en la Constitución de la República, fundamentalmente lo relacionado con el derecho a la defensa.

2.3 IDENTIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y SANCIÓN

LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

Art. 24.- “Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones. Son deberes de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, con independencia del título habilitante del cual se derive tal carácter, los siguientes:... 10. **Pagar en los plazos establecidos sus obligaciones económicas** tales como los valores de concesión, autorización, tarifas, tasas, contribuciones u otras que correspondan”.

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

DESDE HASTA PAGO
30% 34.99% 0,5%

La recaudación de estos valores será trimestral y la realizará la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, de conformidad con la regulación que para el efecto emita. Esta obligación es independiente de cualquier otra obligación prevista en la presente Ley”.

EL REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DEL PAGO POR CONCENTRACIÓN DE MERCADO PARA PROMOVER LA COMPETENCIA expedido mediante Resolución No. 006-05-ARCOTEL-2015 de 29 de julio de 2015 menciona entre otros aspectos lo siguiente:

“De la Mora en el Pago Artículo 11.- Para el cálculo de los intereses por mora, se aplicará la tasa señalada para todas las obligaciones en mora a favor de las Instituciones del Estado, la misma que será aplicada de acuerdo al Código Tributario en vigencia a la fecha que debió realizarse el pago trimestral, en caso de que el pago no se realice o se realice con posterioridad a la fecha máxima de pago; sin perjuicio del pago, compensación u otras obligaciones que puedan generarse con posterioridad en relación con la reliquidación que se realice por parte de la ARCOTEL. Artículo 12.- La mora se extinguirá con el pago de la obligación del trimestre correspondiente en caso de que dicho pago no se haya realizado o se realice con posterioridad a la fecha máxima de pago, incluyendo el pago de los intereses correspondientes; sin perjuicio del pago, compensación u otras obligaciones que puedan generarse con posterioridad en relación con la reliquidación que se realice por parte de la ARCOTEL. El pago tardío y/o de intereses, no libera al prestador, de las sanciones a que hubiere lugar, por las infracciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.”.

De igual forma, en el “Capítulo III” “ESTABLECIMIENTO DE PRESTADORES PRIVADOS QUE CONCENTRAN MERCADO Y PAGO POR CONCENTRACIÓN” en su “Artículo 9.- Notificación de pago” se detalla lo siguiente:

“Con base en los mercados de prestación de servicios de telecomunicaciones y por suscripción determinados por la ARCOTEL, y la información respecto del periodo en el cual se calcula el porcentaje de participación de mercado correspondiente, la ARCOTEL notificará al prestador o prestadores privados que igualen o superen la participación del 30% en el mercado en consideración, con sujeción a la tabla establecida en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el porcentaje de pago por concentración de mercado que se debe aplicar respecto de sus ingresos totales, para el periodo analizado. Las fechas máximas de notificación y de pago, serán las siguientes:

TRIMESTRE	PERIODO	FECHA MÁXIMA DE NOTIFICACIÓN POR PARTE DE ARCOTEL	FECHA MÁXIMA DE PAGO
I	Enero 01-marzo 31	30 de abril	10 de mayo
II	Abril 01-junio 30	31 de julio	10 de agosto
III	Julio 01-septiembre 30	31 de octubre	10 de noviembre
IV	Octubre 01-diciembre 31	31 de enero del siguiente año	10 de febrero del siguiente año

Posibles sanciones en caso de comprobarse la existencia de la infracción

Artículo 117.- Infracciones de primera clase: b. Son infracciones de primera clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley las siguientes:

16.- “Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y las obligaciones incorporadas en los títulos habilitantes que no se encuentren señaladas como infracciones en dichos instrumentos”.

Con respecto al monto de referencia los artículos 121 No. 1 y 122, en su parte pertinente de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, disponen:

Las sanciones para las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, televisión y audio y video por suscripción, se aplicará de la siguiente manera:

“Infracciones de primera clase.- La multa será de entre el 0,001% y el 0,03% del monto de referencia”. (...)

Artículo 122.- “Monto de referencia.- “Para la aplicación de las multas establecidas en esta Ley, el monto de referencia se obtendrá con base en los ingresos totales del infractor correspondientes a su última declaración de Impuesto a la Renta, con relación al servicio o título habilitante del que se trate.- Únicamente en caso de que no se pueda obtener la información necesaria para determinar el monto de referencia y se justifique tal imposibilidad, las multas serán las siguientes:

a) Para las sanciones de primera clase, hasta cien Salarios Básicos Unificados del trabajador en general.(...)

En caso de que no se pueda obtener la información necesaria para determinar el monto de referencia y se justifique tal imposibilidad, para los servicios de telecomunicaciones cuyo título corresponda a un registro de actividades, así como los servicios de radiodifusión y televisión y audio y vídeo por suscripción, aplicará el 5% de las multas referidas en los literales anteriores".

3. ANÁLISIS DE FONDO:

3.1 CONTESTACIÓN AL ACTO DE APERTURA.

En la tramitación de la causa y con el Acto de Apertura al Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL NO. 2015-CZ2-0049, se ha notificado a la COMPAÑÍA TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESAL SERVICES ECUADOR S.A., que ha comparecido, a través del documento signado con el No. ARCOTEL-2015-016287, de 22 de diciembre de 2015, dentro del término de QUINCE DÍAS, previsto en el artículo 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, manifestando en lo fundamental:

2.2. Ilegítimo e injusto cobro por la inadecuada determinación de la participación de mercado de TIWS ECUADOR.-

El art. 34 antes citado textualmente, es una norma que está incorporada en el Capítulo II del Título IV de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, referente a "REGULACIÓN SECTORIAL EX ANTE PARA EL FOMENTO, PROMOCIÓN y PRESERVACIÓN DELAS CONDICIONES DE COMPETENCIA".

En ese contexto, siendo que las normas de dicho capítulo están encaminadas a promover la competencia, la norma del art. 34 debe ser aplicada con ese objetivo y no con un objetivo recaudador.

El primer paso para analizar un problema de competencia -o más específicamente una situación de disminución de competencia- es determinar el mercado en donde se produce ese problema o, en general, el mercado que se trata de evaluar.

En efecto, el art. 31 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones señala lo siguiente:

"La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, con sujeción al Reglamento de Mercados que para el efecto apruebe, determinará al menos cada dos años los mercados relevantes relativos a servicios o redes de telecomunicaciones, tanto mayoristas como minoristas y el ámbito geográfico, con el propósito de establecer si dichos mercados se están desarrollando en un entorno de competencia efectiva, cuyas características pueden dar lugar a la imposición a los prestadores con poder de mercado de obligaciones específicas de manera proporcionada y justificada."

Es decir que, para analizar si existe competencia en un mercado o, por el contrario, poca competencia, una de cuyas manifestaciones es la alta concentración del mercado, la ARCOTEL debía establecer los mercados relevantes, es decir, el conjunto de bienes o servicios (incluyendo sus sustitutos)

que compiten entre sí en una determinada zona geográfica. No basta con tomarlos servicios, porque los servicios en sí mismos no constituyen un mercado. (...)

Aunque la Ley Orgánica de Telecomunicaciones no define lo que es un mercado relevante, la doctrina y el mismo ordenamiento jurídico ecuatoriano sí lo hace. En efecto, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado define al mercado relevante de la siguiente manera:

Artículo 5.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

ARCOTEL muy probablemente ha considerado cómo único competidor de TIWS ECUADOR S.A. al Cable Panamericano que según se deduce por lógica, parece que sólo tiene un (1) cliente. El Cable Panamericano es una infraestructura construida con el aporte de un consorcio de empresas y no es empresa o entidad pública y es comercializado por CNT EP, Telconet y la empresa Columbus que son "revendedores" del Cable Panamericano. Todos los clientes de dichas empresas deberían ser considerados para efectos de la determinación del tamaño del mercado y participación de cada agente, en aplicación del art 6 del Reglamento para el pago por concentración de mercado, que ordena a todos los clientes "independientemente de que dicha contratación se haya realizado por medio de un revendedor de servicios, intermediario o cualquier otra forma de gestión comercial". (...)

Lo cierto es que, insisto, hay tres infraestructuras conectadas a Ecuador y según ARCOTEL, sin ningún fundamento, considera que TIWS ECUADOR concentra el 80% de ese supuesto mercado, mientras que todos los demás oferentes, con salida nacional o internacional, tienen, en total, un (1) cliente. En definitiva, TIWS ECUADOR compite con muchos agentes económicos y parece que estos agentes simplemente no han sido considerados en la determinación del mercado.

Se conoce que el Cable Panamericano cuyo permiso fue tramitado y obtenido por CNT EP, reportó un (1) sólo cliente que es precisamente la CNT EP y esta última vende usando la figura de servicios portadores internacionales (incluyendo Internet) a otras empresas de telecomunicaciones y proveedores deservicios de valor agregado en distintos puntos del país a través del Cable Panamericano. (...)

2.3. El artículo 34 de la LOT no es aplicable al mercado de venta de capacidad en cable submarino.-

Si bien, el art. 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones señala que se debe calcular el mercado sobre abonados y usuarios, se debe considerar que tales conceptos no son aplicables a un mercado mayorista como es el de provisión de capacidad de cable submarino. Hacerlo constituiría un grave error por parte de la autoridad de Telecomunicaciones.

La norma del art. 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece que la determinación de la concentración de poder de mercado debe hacerse con base en el número de abonados o clientes del prestador de servicios.

Por su parte, el art. 3 del Reglamento para el pago por concentración de mercado, señala que, para su aplicación, las definiciones de abonado o cliente son aquellas que constan en el art. 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. (...)

Si se considera, como lo he explicado en los párrafos anteriores, que en la cadena de comercialización de capacidad de cable submarino, existen una serie de ventas y reventas a operadores de telecomunicaciones, que a su vez revenden a otros operadores de telecomunicaciones y de servicio de valor agregado que a su vez revenden o comercializan el servicio de Internet o capacidad a clientes finales, se puede entender que la norma del art. 34 es inaplicable a la comercialización de capacidad de cable submarino, no sólo por los problemas antes indicados, sino porque, adicionalmente, el Estado estaría cobrando dos o tres veces dicho cobro que solo puede considerarse un impuesto- a los operadores de telecomunicaciones ya sean estos portadores o proveedores de servicios finales o de servicios de valor agregado que reportan clientes en sus respectivos mercados. Es como pretender el absurdo de cobrar una salvaguardia no solo al importador de un producto, sino al distribuidor y al comercializador minorista. (...)

2.4. ARCOTEL viola el Reglamento para el pago por concentración de mercado.-(...)

El art. 9º de dicho Reglamento permite a los operadores de telecomunicaciones impugnar la determinación de mercado hecha por la ARCOTEL, impugnaciones que, según lo señala la norma, deberán tramitarse con sujeción al ordenamiento jurídico vigente.

Como la LOT no tiene un procedimiento impugnatorio general -salvo para procedimientos administrativos sancionatorios- la norma aplicable es el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), que establece los procedimientos impugnatorios en sede administrativa.

Sistemáticamente ARCOTEL ha impedido cualquier tipo de impugnación de la determinación de mercado, lo que demuestra que su objetivo no es promover la competencia, sino recaudar recursos.

Presentado un recurso de apelación por parte de TIWS ECUADOR, dicho recurso fue inadmitido arguyendo que la decisión de la determinación de participación de mercado hecha por el primer y segundo trimestres, fue realizada por la Directora Ejecutiva y que dicha órgano es la máxima autoridad, desconociendo que jerárquicamente está subordinado al Directorio, que, de conformidad con el art. 10-1 del ERJAFE que señala que dentro de la estructura orgánica de las Agencias de regulación y Control habrá un directorio como máxima instancia de la agencia.

2.5. Subsanación efectuada.-(...)

El día 30 de noviembre de 2015, TIWS ECUADOR canceló los valores determinados por ARCOTEL tanto por el primer trimestre como por el segundo trimestre, con lo cual se ha subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción.

Adicionalmente, se cancelaron los correspondientes intereses que de conformidad con el art. 1575, numeral 2 del Código Civil, constituyen el pago de perjuicios en el caso de las obligaciones de pagar una determinada cantidad de dinero.

Finalmente, debo indicar que TIWS ECUADOR nunca ha sido sancionada por la misma infracción, con identidad de causa y efecto.

Verificando la concurrencia de los tres requisitos establecidos en el art. 130 de la LOT, es procedente que, dada la subsanación, usted se abstenga de sancionar a TIWS ECUADOR.

Demás está decir que no existe ninguna afectación al mercado, al servicio o a los usuarios y, por el contrario, ha sido TIWS ECUADOR la perjudicada por la incorrecta determinación de su participación de mercado.

Además, se ha solicitado la práctica de algunas pruebas, las cuales han pasado a conformar el expediente y son tomadas en cuenta en la motivación de esta Resolución.

3.2 PRUEBAS

La Constitución de la República, ordena en su artículo 76 número 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: "h) **Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra**", lo cual es recogido en el artículo 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que en su segundo inciso prescribe: "Se admitirán las pruebas permitidas por el ordenamiento jurídico vigente, con excepción de la confesión judicial...". El artículo 39 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, señala que los medios de prueba de que se podrá hacer uso en este juicio serán los mismos que establece el Código de Procedimiento Civil, excepto la confesión judicial. Estas normas son observadas en el procedimiento administrativo sancionador, por tanto, constituyen medios de prueba los instrumentos públicos, instrumentos privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes. Los Informes Técnicos son instrumentos públicos conforme lo previsto en el artículo 165 del Código de Procedimiento Civil.

En orden a lo expuesto, las pruebas aportadas y consideradas dentro del presente procedimiento administrativo sancionador son:

PRUEBAS DE CARGO

Dentro del expediente, como pruebas de cargo de la Administración, se enumeran las siguientes:

1. La Dirección Financiera con memorando Nro. ARCOTEL-DFN-2015-0932-M de 9 de noviembre de 2015 informó que la prestadora del Servicio Móvil Avanzado TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESale SERVICES ECUADOR S.A., no ha realizado ningún pago por concepto de Concentración de Mercado para promover la competencia, en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones;

La misma Dirección, mediante memorando Nro. ARCOTEL-DFN-2015-1028-M de 25 de noviembre de 2015, informó que la prestadora del Servicio Móvil Avanzado TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESale SERVICES ECUADOR S.A., no ha realizado el pago dispuesto por concepto de Concentración de Mercado para promover la competencia, correspondiente al tercer trimestre del 2015 en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones;

2. Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo No. ARCOTEL-2015-CZ2-0049 de 4 de diciembre de 2015; y,
3. La razón de Notificación.

PRUEBAS DE DESCARGO

1. Comunicación ingresada con No. ARCOTEL-2015-016287, de 22 de diciembre de 2015, en la cual el abogado Juan Francisco Palacios Ibarra, en representación de la COMPAÑÍA TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESale SERVICES ECUADOR S.A., quien debidamente legitimado; presenta sus argumentos de descargo;
2. Copia de los Formulario de Recaudación Trimestral del Pago por Concentración de Mercado para Promover la Competencia, Nos 6077, 6078 y 6079, de la empresa TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESale SERVICES ECUADOR S.A.;
3. Copia de la providencia, emitida por la Ing. Ana Vanessa Proaño, Directora Ejecutiva de la ARCOTEL, dentro del trámite No. 014858-2015, con fecha 7 de diciembre de 2015;
4. Oficio No. GNRI-GREG-02-00103-2016, de 19 de enero de 2016, ingresado en la ARCOTEL, con No. ARCOTEL-DGDA-2016-000955-E, mediante el cual la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, da respuesta a la petición solicitada dentro del término de pruebas, en el sentido de que: "... **remita el listado de clientes, a los que presta servicio, usando el Cable Panamericano, bajo la figura de portador internacional: (exclusivamente Prestadores de Servicios de Telecomunicaciones y de Valor Agregado)**";

3.3 MOTIVACIÓN



PRIMERO.- ANÁLISIS TÉCNICO SOBRE LOS ARGUMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DEL PRESUNTO INFRACTOR

Mediante memorando No. ARCOTEL-CZ2-2016-0035-M, de 11 de enero de 2016, la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 2, se pronuncia sobre los argumentos, presentados por la Representación de la COMPAÑÍA TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES ECUADOR S.A., manifestando en lo principal:

"Revisados los argumentos presentados en el trámite ARCOTEL-2015-016287, se encuentra que los mismos corresponden a la no conformidad sobre la determinación de la participación de mercado por parte de la empresa TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES ECUADOR S.A.(...) con base en el análisis expuesto, el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 considera que se debe realizar el análisis por parte de las instancias que correspondan a efectos de validar las fechas de pagos dentro de los plazos establecidos y los argumentos sobre la determinación de la participación de mercado, así como el análisis jurídico de los argumentos presentados".

SEGUNDO.- ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LOS ARGUMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DEL PRESUNTO INFRACTOR

En relación a la contestación de la COMPAÑÍA TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES ECUADOR S.A. mediante documento No. ARCOTEL-2015-016287, de 22 de diciembre de 2015, y de las demás constancias procedimentales, se realiza el siguiente análisis:

El presente procedimiento administrativo sancionador, observa estrictamente las garantías del debido proceso, consagradas en el artículo 76, numeral 7, letra l), de la Constitución de la República que expresa: **"Art. 76.- [Garantías básicas del derecho al debido proceso].-** *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho a las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados."*

- a. No habiendo asuntos de procedimiento que puedan afectar a la validez de todo lo actuado y por cuanto se han observado las garantías del debido proceso consagrados en la Constitución de la República y las formalidades establecidas en las leyes y reglamentos respectivos, se declara válido todo lo actuado.
- b. Para poder realizar un análisis detenido de los argumentos de la defensa es necesario que se consideren las disposiciones Constitucionales, legales; y, contractuales inherentes.

- c. La motivación, conforme lo consagra la Constitución de la República, en su artículo 76, cuyo número 7 letra l) dice: *"Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados"*; por lo que se hace necesario analizar los argumentos de descargo esgrimidos, así como las pruebas solicitadas y actuadas, dentro del presente procedimiento administrativo sancionador:

Constitución de la República.

"El Art. 11, declara: **El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:** (...) 9. **El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.** El Estado, sus delegatarios, **concesionarias** y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares **por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones** de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El numeral 1 del artículo 83, dispone que: "Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 1. **Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente**".

- d. La COMPAÑÍA TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES ECUADOR S.A.; en su intervención, manifiesta: *"hay tres infraestructuras conectadas a Ecuador y según ARCOTEL, sin ningún fundamento, considera que TIWS ECUADOR concentra el 80% de ese supuesto mercado, (...) Se conoce que el Cable Panamericano cuyo permiso fue tramitado y obtenido por CNT EP, reportó un (1) sólo cliente que es precisamente la CNT EP y esta última vende usando la figura de servicios portadores internacionales (incluyendo Internet); al respecto dentro de la fase probatoria, se solicitó a CNT EP: "remita el listado de clientes, a los que presta servicio, usando el Cable Panamericano, bajo la figura de portador internacional: (exclusivamente Prestadores de Servicios de Telecomunicaciones y de Valor Agregado)"*, conforme lo había solicitado el procedimentado, que se obre como prueba; la respuesta de CNT EP, dice en lo principal: *"la CNT EP no ha incursionado en el mercado de provisión de capacidad de transmisión internacional, por lo que no es factible remitir un listado de clientes ya que no los tiene, lo cual lo explico en lo que sigue: (...) la Empresa Pública administra una parte proporcional de Cable Panamericano, como parte de un Consorcio conformado por varias empresas; la parte que le corresponde es empleada de la siguiente forma: (...) La capacidad adquirida por la CNT EP sobre el Cable Panamericano no ha sido comercializada en modalidad de portador internacional sobre el mencionado sistema, sino que es componente de la red de transporte internacional de la CNT EP, necesaria para comunicar los sistemas nacionales, con los puntos de presencia de CNT EP ubicados en los Estados Unidos, Estos puntos de presencia son utilizados para acceder a los proveedores de internet, proveedores de transporte internacional, enlaces de*