

RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-2020-329

AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES – ARCOTEL

CONSIDERANDO:

I. ACTO IMPUGNADO

El acto impugnado es el Oficio No. ARCOTEL-CTDG-2019-0082-OF de 31 de octubre de 2019, emitido por el Director Técnico de Gestión Económica de Títulos Habilitantes de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en la cual resolvió:

“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 las Competencia expedido mediante la Resolución No. 006-05-ARCOTEL-2015 de 29 de julio de 2015, me permito indicar que la empresa TELXIUS S.A., poseedora del Título habilitante para prestar el Servicio de TRANSPORTE Internacional (Modalidad Cable Submarino), en el tercer trimestre del año 2019 obtuvo la siguiente concentración de mercado y los consecuentes porcentajes de pago sobre sus ingresos totales por servicio:

TRIMESTRE	PERIODO	PARTICIPACIÓN PORCENTUAL DE MERCADO (%)	PAGO RESPECTO A LOS INGRESOS
III Trimestre 2019	01 de julio al 30 de septiembre de 2019	63,64%	5%

En tal virtud me permito comunicarle que su representada TELXIUS S.A. debe realizar el pago correspondiente, respecto de sus ingresos totales por el Servicio Transporte Internacional (MODALIDAD Cable Submarino) del trimestre en mención, de acuerdo a la tabla que antecede y conforme lo establecido en el Artículo de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”.

II. COMPETENCIA

El presente procedimiento administrativo ha sido sustanciado por la Dirección de Impugnaciones y es resuelto por el Coordinador General Jurídico de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, como delegado de la máxima autoridad de la institución, en ejercicio de sus atribuciones legales, con fundamento en lo siguiente:

2.1 CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO, PUBLICADO EN EL SEGUNDO SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL No. 31 DE 7 DE JULIO DE 2017.

“Art. 47.- Representación legal de las administraciones públicas. La máxima autoridad administrativa de la correspondiente entidad pública ejerce su representación para intervenir en todos los actos, contratos y relaciones jurídicas sujetas a su competencia. Esta autoridad no requiere delegación o autorización alguna de un órgano o entidad superior (...)”. (Subrayado fuera del texto original).

“Art. 219.- Clases de recursos. Se prevén los siguientes recursos: apelación y extraordinario de revisión.

Le corresponde el conocimiento y resolución de los recursos a la **máxima autoridad administrativa** de la administración pública en la que se haya expedido el acto impugnado y se interpone ante el mismo órgano que expidió el acto administrativo.

El acto expedido por la máxima autoridad administrativa, solo puede ser impugnado en vía judicial.

Se correrá traslado de los recursos a todas las personas interesadas.

2.2 LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES, PUBLICADA EN EL TERCER SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL No. 439 DE 18 DE FEBRERO DE 2015.

“Art. 147.- Director Ejecutivo. La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones será dirigida y administrada por la o el Director Ejecutivo, de libre nombramiento y remoción del Directorio.

Con excepción de las competencias expresamente reservadas al Directorio, la o el Director Ejecutivo tiene plena competencia para expedir todos los actos necesarios para el logro de los objetivos de esta Ley y el cumplimiento de las funciones de administración, gestión, regulación y control de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico, así como para regular y controlar los aspectos técnicos de la gestión de medios de comunicación social que usen frecuencias del espectro radioeléctrico o que instalen y operen redes, tales como los de audio y vídeo por suscripción.

Ejercerá sus competencias de acuerdo con lo establecido en esta Ley, su Reglamento General y las normas técnicas, planes generales y reglamentos que emita el Directorio y, en general, de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente.”

“Art. 148.- Atribuciones del Director Ejecutivo.- Corresponde a la Directora o Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: 1.- Ejercer la dirección, administración y representación legal, judicial y extrajudicial de la Agencia. (...) 16. Ejercer las demás competencias establecidas en esta Ley o en el ordenamiento jurídico no atribuidas al Directorio.”

2.3 ESTATUTO ORGÁNICO DE GESTIÓN ORGANIZACIONAL POR PROCESOS DE ARCOTEL, APROBADO MEDIANTE RESOLUCIÓN DEL DIRECTORIO DE LA ARCOTEL No. 04-03-ARCOTEL-2017 Y PUBLICADO EN LA EDICIÓN ESPECIAL DEL REGISTRO OFICIAL No. 13 DE FECHA 14 DE JUNIO DE 2017.

El artículo 10, número 1.1.1.1.2, acápite III, literales a) y w) establecen que son atribuciones y responsabilidades del Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: “a) Ejercer la dirección, administración y representación legal, judicial y extrajudicial de la Agencia. (...) w. Ejercer las demás competencias establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en su Reglamento General o en el ordenamiento jurídico no atribuidas al Directorio.”

El artículo 10, numeral 1.3.1.2, acápite III establece como atribuciones del Coordinador General Jurídico: “1. Asesorar jurídicamente a la máxima autoridad de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, para la toma de decisiones de conformidad con la Constitución, la legislación y demás normativa vigente. 2. Coordinar y controlar la ejecución de los procesos de las Direcciones de Patrocinio y Coactivas; Asesoría Jurídica; e Impugnaciones. (...)11. Cumplir las demás disposiciones y delegaciones emitidas por la Dirección Ejecutiva.”

El artículo 10, número 1.3.1.2.3, acápite III, literal b), establece que es atribución y responsabilidad del Director de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: “(...) b) Sustanciar los reclamos o recursos administrativos presentados en contra de los actos administrativos o resoluciones emitidas por la ARCOTEL, con excepción de aquellos que sean efectuados dentro de procesos administrativos de contratación pública. (...)”

2.4. RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-2019-0727 DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2019

A través de la Resolución No. ARCOTEL-2019-0727 de 10 de septiembre de 2019 el señor Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones delega las siguientes atribuciones:

“Art. 30.- Delegar al Coordinador General Jurídico las siguientes atribuciones: (...) b) Conocer y resolver los recursos y reclamos administrativos así como las solicitudes de revocatoria y de revisión de oficio planteados en contra de los actos administrativos emitidos por las unidades administrativas de la ARCOTEL, con excepción de los recursos administrativos señalados en el literal b), del artículo 12 del presente instrumento y de aquellas derivadas de actos administrativos referentes al servicio móvil avanzado, al servicio de telefonía móvil, servicio de telefonía fija y a los medios de comunicación social de carácter nacional (...) d) Suscribir todo tipo de acto administrativo y de simple administración necesario para la gestión de la Coordinación a su cargo, en el ámbito de sus competencias.”

En la disposición derogatoria única de la Resolución No. ARCOTEL-2019-0727 de 10 de septiembre de 2019, deroga y deja sin efecto la Resolución No. ARCOTEL-2017-0733 de 26 de julio de 2017; y, las demás normas de igual o inferior jerarquía que se opongan al alcance y contenido de dicho instrumento.

La sustanciación del presente recurso extraordinario de revisión se realizó de conformidad con el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos; y, la Resolución No. ARCOTEL-2019-0727 a partir del 10 de septiembre de 2019.

2.5. RESOLUCIÓN No. 01-01-2020 DE 13 DE MARZO DE 2020

Mediante Resolución No. 01-01-2020 de 13 de marzo de 2020, el Presidente del Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, resolvió:

“(...) Artículo 2.- Designar al licenciado Rodrigo Xavier Aguirre Pozo, Director Ejecutivo 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 aplicables.”

2.6. ACCIÓN DE PERSONAL No. 366 DE 13 DE MAYO DE 2019

Mediante Acción de Personal No. 366 de 13 de mayo de 2019, se designó al Abg. Fernando Javier Torres Núñez como Coordinador General Jurídico de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL.

2.7. ACCIÓN DE PERSONAL No. 641 DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2019

Con acción de personal No. 641 de 20 de septiembre de 2019, que rige a partir del 23 de los mismos mes y año, emitida por el Coordinador General Administrativo Financiero, Delegado del Director Ejecutivo de la ARCOTEL, se nombra a la Dra. Adriana Ocampo Carbo, como Directora de Impugnaciones de la ARCOTEL.

III. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RECURSO DE APELACIÓN

3.1. Mediante escrito ingresado en esta Institución con documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-018203-E de 12 de noviembre de 2019, la señora Verónica Alexandra Pazmiño Páiz en calidad de Gerente General y Representante Legal de la compañía TELXIUS CABLE ECUADOR S.A interpuso recurso de apelación en contra del oficio No. ARCOTEL-DG-2019-0082-OF de 31 de octubre de 2019.

3.2. Con providencia No. ARCOTEL-CJDI-2019-00314 de 09 de diciembre de 2019 la Dirección de Impugnaciones admitió a trámite el recurso de apelación presentado por TELXIUS CABLE ECUADOR S.A por cuanto cumplió con lo dispuesto en el artículo 220 y 224 del Código Orgánico Administrativo.

3.3. Con Oficio No. ARCOTEL-CJDI-2019-002-OF de 10 de diciembre de 2019 la Directora de Impugnaciones solicitó a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT E.P de cumplimiento a la providencia No. ARCOTEL-CJDI-2019-00314 de 09 de diciembre de 2019 "(...) **CUARTO:** En virtud de lo solicitado en el numeral 4 de la Prueba del documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-018203-E de 12 de noviembre de 2019, se dispone: **a)** Oficiéase de conformidad con lo señalado en el numeral 4.1, 4.3 y 4.8 a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP., para que en el término de quince (15) días contados a partir del día siguiente de la notificación de esta providencia, presente: 1. una lista de operadores de telecomunicaciones a los que les brinda servicios de capacidad internacional o servicios de Ip internacional a través de su título habilitante de servicio portador; 2. una lista de clientes del cable Panamericano; y, 3. informe si a través de su propio servicio portador vende servicios de capacidad e Ip internacional usando el Cable Panamericano."

3.4. Con Oficio No. ARCOTEL-CJDI-2019-003-OF de 10 de diciembre de 2019 la Directora de Impugnaciones solicitó a la compañía TELCONET de cumplimiento a la providencia No. ARCOTEL-CJDI-2019-00314 de 09 de diciembre de 2019 "(...) **CUARTO:** En virtud de lo solicitado en el numeral 4 de la Prueba del documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-018203-E de 12 de noviembre de 2019, se dispone: (...) **b)** Oficiéase de conformidad al numeral 4.2 y 4.9 a la compañía TELCONET S.A para que en el término de quince (15) días contados a partir del día siguiente de la notificación de esta providencia, presente: 1. una lista de operadores de telecomunicaciones a los cuales brinda servicios de capacidad internacional o servicios de Ip internacional a través de su título habilitante de servicio portador; 2. un informe en el cual conste si a través de su propio servicio portador vende servicios de capacidad e Ip internacional usando el cable PCCS."

3.5. Con Oficio No. ARCOTEL-CJDI-2019-004-OF de 10 de diciembre de 2019 la Directora de Impugnaciones solicitó a la compañía CABLE ANDINO S.A CORPANDINO de cumplimiento a la providencia No. ARCOTEL-CJDI-2019-00314 de 09 de diciembre de 2019 "(...) **CUARTO:** En virtud de lo solicitado en el numeral 4 de la Prueba del documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-018203-E de 12 de noviembre de 2019, se dispone: (...) **c)** Oficiéase de conformidad al numeral 4.4 a la compañía CABLE ANDINO S.A para que en el término de quince (15) días contados a partir del día siguiente de la notificación de esta providencia, presente la lista de clientes del cable PCCS."

3.6. Con memorando No. ARCOTEL-CRDM-2019-0219-M de 13 de diciembre de 2019 el Director Técnico de Estudios, Análisis Estadísticos y de Mercado remite copias certificadas de los siguientes documentos:

- Informe de Concentración de Mercado para promover la competencia de los servicios de Telecomunicaciones y Servicios Radiodifusión por Suscripción III Trimestre 2019. 8Informe Técnico IT-CRDM-2019-0068.
- Informe IAMCES de Cable Submarino. (Informe Técnico IT-CRDM-2019-0073)

3.7. En documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-020035-E de 17 de diciembre de 2019 la Representante Legal de la compañía TELXIUS CABLE ECUADOR S.A se pronuncia respecto de la petición de pruebas constante en los numerales 4.5 y 4.7 de documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-018203-E de 12 de noviembre de 2019, de las cuales la Dirección de Impugnaciones solicitó se aclare su pretensión.

3.8. Mediante documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-020269-E de 23 de diciembre de 2019 el Gerente General de la compañía CABLE ANDINO S.A CORPANDINO en referencia a lo dispuesto en el oficio ARCOTEL-CJDI-2019-004-OF de 10 de diciembre de 2019 y a la providencia No. ARCOTEL-CJDI-2019-00314 señala: "(...) *Detallamos a continuación la información solicitada respecto a los clientes de cable PCCS a quienes Cable Andino S.A Corpandino les provee el servicio:*
a) Telconet S.A b) Setel S.A"

3.9. A través del documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-000113-E de 06 de enero de 2020, la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP se pronuncia respecto de la solicitud realizada en el oficio No. ARCOTEL-CJDI-2020-002-OF de 10 de diciembre de 2019 y señala: *“Respecto al listado de clientes de operadores de telecomunicaciones a los que la CNT EP les brinda servicios de portador, la base con la que cuenta la Empresa es de carácter confidencial toda vez que se relaciona con el giro específico del negocio; sin embargo, la información respecto a servicio portador se la reporta según su Título Habilitante a través del sistema (SAAD) al cual tiene acceso el personal designado de la entidad de regulación y Control. Por lo expuesto y al ser que la propia entidad de regulación y control posee la información solicitada y al amparo de lo que señala el artículo 24 del Código Orgánico Administrativo, se solicita a la ARCOTEL garantizará la información confidencial con el resto de operadores de telecomunicaciones.”*

3.10. Mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-0019 de 22 de enero de 2020 la Dirección de Impugnaciones dispuso: *“(…) SEGUNDO: Prueba.- Dentro de la etapa de prueba y de conformidad con el derecho de contradicción dispuesto en el artículo 196 del Código Orgánico Administrativo se remite el Memorando No. ARCOTEL-CRDM-2019-0219-M de 13 de diciembre de 2019 al cual se encuentran anexos el Informe de Concentración de Mercado para promover la competencia de los servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción III Trimestre 2019 (Informe Técnico-IT-CRDM-2019-0068) y el Informe Análisis de Mercado, competencia del Servicio Cable Submarino” I Semestre-2019 (Informe Técnico IT-CRDM-2019-0073). 2. El documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-020269-E de 23 de diciembre de 2019; a fin de que el administrado pueda contradecir dentro del procedimiento administrativo de impugnación. 3. El documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-000113-E de 06 de enero de 2020 que contiene el oficio No. GNRI-GREG-06-007-2020 de 03 de enero de 2020 remitido por CNT E.P.; y, para el efecto, se le concede el término de dos (2) días, contados a partir del siguiente día hábil al de la fecha de notificación de la presente providencia. TERCERO: De conformidad con lo señalado en el documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-020035-E de 17 de diciembre de 2019, respecto del numeral 4.5 de la providencia No. ARCOTEL-CJDI-2019-00314 de 09 de diciembre de 2019: 3.1. Oficiese a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado a fin de que remita una copia certificada de la investigación realizada por esta entidad relacionada con el mercado de transporte internacional, a fin de determinar la concentración de mercado. 3.2 En relación al numeral 4.7 del documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-020035-E de 17 de diciembre de 2019, no se admite la prueba por inconducente ya que el hecho que se pretende probar con los oficios que solicita no tiene vinculación ni forma parte del asunto controvertido.”*

3.11. A través del Oficio No. ARCOTEL-CJDI-2020-0002-OF de 23 de enero de 2020 la Directora de Impugnaciones solicitó a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado: *“(…) La Dirección de Impugnación con Providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00019 de 22 de enero de 2020 dispuso: “TERCERO: De conformidad con lo señalado en el documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-020035-E de 17 de diciembre de 2019, respecto del numeral 4.5 de la providencia No. ARCOTEL-CJDI-2019-00314 de 09 de diciembre de 2019: 3.1. Oficiese a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado a fin de que remita una copia certificada de la investigación realizada por esta entidad relacionada con el mercado de transporte internacional, a fin de determinar la concentración de mercado.” Por lo expuesto y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del Código Orgánico Administrativo solicito remita una copia certificada de la investigación realizada por esta entidad relacionada con el mercado de transporte internacional, información que será agregada al expediente administrativo.”*

3.12. El 23 de enero de 2020 con memorando No. ARCOTEL-CJDI-2020-0050-M la Dirección de Impugnaciones solicitó a la Dirección Técnica de Estudios, Análisis Estadísticos y de Mercado *“(…) información respecto a la lista de operadores de telecomunicaciones a los que la CNT E.P les brinda servicios de capacidad internacional o servicios de la IP internacional a través de su título habilitante de servicio portador; la lista de clientes del cable Panamericano de CNT E.P; y, un informe si la CNT EP a través de su propio servicio portador vende servicios de capacidad IP internacional usando el Cable Panamericano, a fin de que esta información sea agregada al expediente.”*

3.13. Con documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-001755 de 27 de enero de 2020 la Representante legal de la compañía TELXIUS CABLE ECUADOR S.A, remite el “Estudio económico sobre la

definición de cuotas de mercado en el mercado de cable submarino en el Ecuador”, de enero de 2020, elaborado por el Phd. Byron Patricio Vásquez, perito registrado en el Consejo de la Judicatura con el No. 18666907. Así también se pronuncia de conformidad con el derecho de contracción respecto de los documentos notificados con la providencia No. No. ARCOTEL-CJDI-2020-0019 de 22 de enero de 2020.

3.14. Mediante documento ingresado en esta Institución con No. ARCOTEL-DEDA-2020-002327-E de 04 de febrero de 2020 el Superintendente de Control del Poder de Mercado en atención al Oficio No. ARCOTEL-CJDI-2020-0002-OF de 23 de enero de 2020 remitió el memorando No. SCPM-IGT-INCCE-2020-048.

3.15. El 05 de febrero de 2020 con documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-002361-E de 05 de febrero de 2020 la recurrente señaló que se ha producido silencio administrativo, lo cual se realizara el respectivo análisis más adelante.

3.16. En providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00032 de 06 de febrero de 2020 la Directora de Impugnaciones resolvió cerrar el periodo de prueba “(...) **TERCERO: Prueba.-** Una vez que con fecha 27 de enero de 2020 ha fenecido el término de prueba dispuesto en providencia No. ARCOTEL-CJDI-2019-00314 de 09 de diciembre de 2019, se declara cerrado el término probatorio. (...) **QUINTO: Suspensión del plazo del procedimiento.-** Al amparo de lo dispuesto en el artículo 162 numeral 2 del Código Orgánico Administrativo COA, que establece: “**Art. 162.- Suspensión del cómputo de plazos y términos en el procedimiento.-** Los términos y plazos previstos en un procedimiento se suspenden, únicamente por el tiempo inicialmente concedido para la actuación, en los siguientes supuestos: (...)2. Deban solicitarse informes, por el tiempo que medie entre el requerimiento, que debe comunicarse a los interesados y el término concedido para la recepción del informe, que igualmente debe ser comunicada. (...)En los supuestos previstos en los números 2, 3 y 4, cuando el órgano competente no haya concedido expresamente un plazo para la actuación o la negociación, el procedimiento administrativo se suspenderá hasta por tres meses.(...)” (Subrayado fuera del texto original); en concordancia con el artículo 122 ibidem, por ser necesario dentro del análisis del presente recurso de apelación, un informe técnico de la unidad competente, se **suspende el plazo del procedimiento administrativo por un mes, a fin de que la Coordinación Técnica de Regulación remita dentro del mismo plazo un informe técnico sobre la metodología de cálculo para el pago por concentración del mercado para el servicio de Cable Submarino en el tercer trimestre del año 2019.**”.

3.17. Con providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00038 de 12 de febrero de 2020 se señalado que por un lapsus calami se hizo constar en la providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00032 que era de fecha 06 de enero de 2020 cuando era de 06 de febrero de 2020.

3.18. Mediante documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-003463-E de 28 de febrero de 2020, la compañía recurrente solicitó una audiencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 137 del Código Orgánico Administrativo, con el objeto de exponer oralmente las alegaciones del caso.

3.19. Con memorando No. ARCOTEL-CRDM-2020-0048-M de 06 de marzo de 2020 la Dirección Técnica de Estudios, Análisis Estadísticos y de Mercado, remitió a la Dirección de Impugnaciones el informe técnico IT-CRDM-2020-002 titulado “INFORME SOBRE LA METODOLOGÍA DE CALCULO PARA EL PAGO POR CONCENTRACIÓN DE MERCADO PARA EL SERVICIO CABLE SUBMARINO DEL II TRIMESTRE DE 2019”.

3.20. Mediante Decreto Ejecutivo No. 1017 de 16 de marzo de 2020, se declaró el estado de excepción durante sesenta días, por calamidad pública en todo el territorio nacional, por los casos de coronavirus confirmados y la declaratoria de pandemia de COVID, por parte de la Organización Mundial de la Salud. En estricto acatamiento del referido Decreto Ejecutivo, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL, mediante Resolución No. ARCOTEL-2020-0124 de 17 de marzo de 2020, suspendió todos los términos y plazos que se encuentran discurriendo en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL, a partir del 17 de marzo de 2020, y mientras dure el estado de excepción, según lo determina el artículo 1, número 4) “*Procedimientos administrativos de impugnaciones, recursos y reclamos administrativos.*”. Mediante Decreto Ejecutivo No. 1052 de 15 de mayo de 2020, se renueva el estado de excepción por calamidad

pública en todo el territorio nacional, que rigió durante treinta días a partir de la suscripción del mismo, es decir hasta el 15 de junio de 2020.

3.21. Con Resolución No. ARCOTEL-2020-0244 de 17 de junio de 2020, la ARCOTEL resolvió levantar la suspensión de los términos y plazos dispuestos en la resolución No. ARCOTEL-2020-0124 de 17 de marzo de 2020.

3.22. Con Providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00070 de 18 de junio de 2020, la Dirección de Impugnaciones dispuso: "(...) a la Dirección Técnica de Títulos Habilitantes de Servicios y Redes de Telecomunicaciones, en el término de diez días remita un informe técnico en el cual se debe a conocer: a) la lista de operadores de telecomunicaciones a los cuales brinda servicios de capacidad internacional o servicios de Ip internacional a través de su título habilitante de servicio portador la compañía TELCONET S.A; b) se informe si a través de su propio servicio portador la compañía TELCONET S.A vende servicios de capacidad e Ip internacional usando el cable PCCS, respecto de la información entregada por la operadora en el tercer trimestre de 2019.- TERCERO: En relación al memorando No. ARCOTEL-CTDS-2020-0446-M de 02 de junio de 2020, se solicita a la Dirección Técnica de Títulos Habilitantes de Servicios y Redes de Telecomunicaciones, que en el término de diez días se amplíe la información respecto de la "lista de operadores de telecomunicaciones a los que la CNT EP les brinda servicios de capacidad internacional o servicios de Ip internacional a través de su título habilitante de servicio portador; la lista de clientes del cable Panamericano de CNT EP; y, un informe si la CNT EP a través de su propio servicio portador vende servicios de capacidad e Ip internacional usando el Cable Panamericano" en cuanto a la información entregada por la operadora durante el tercer trimestre del año 2019.-CUARTO: Suspensión del plazo del procedimiento.- Por cuanto se requiere informe técnico y ampliación de información de la Dirección Técnica de Títulos Habilitantes de Servicios y Redes de Telecomunicaciones, por ser necesario dentro del análisis del presente recurso de apelación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 162 numeral 2 del Código Orgánico Administrativo COA (...)."

3.23. Mediante memorando No. ARCOTEL-CTDS-2020-0533-M de 02 de julio de 2020 la Dirección Técnica de Títulos Habilitantes de Servicios y Redes de Telecomunicaciones remitió respuesta, en atención a lo solicitado en la providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00070 de 18 de junio de 2020.

3.24. Con documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-009483-E de 15 de julio de 2020, la compañía recurrente se pronunció sobre la documentación remitida con providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00070 de 18 de junio de 2020.

3.25. A través de la Providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00115 de 22 julio de 2020, la Dirección de Impugnaciones dispuso se agregue el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-009483-E de 15 de julio de 2020 el cual se considerará al momento de resolver.

3.26. Mediante Providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00119 de 23 julio de 2020, la Dirección de Impugnaciones dispuso: "(...) **PRIMERO:** Respecto de la petición de la audiencia realizada por la compañía recurrente en el documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-009483-E de 15 de julio de 2020, el artículo 137 del Código Administrativo señala: "Art. - 137- **Actuaciones orales y audiencias.** La administración pública puede convocar a las audiencias que requiera para garantizar la intermediación en el procedimiento administrativo, de oficio o a petición de la persona interesada. Esta competencia es facultativa y se ejercerá sin que se afecten las etapas o los términos o plazos previstos para cada procedimiento administrativo.". En sujeción del artículo 137 del Código Orgánico Administrativo, la convocatoria a la audiencia de oficio o a petición de parte es una facultad discrecional de la administración pública, en tal virtud, no se considera oportuno señalar audiencia, no obstante; a fin de garantizar el principio de contradicción, se le conmina a la recurrente, presente sus alegatos en forma escrita, los mismos que serán considerados al momento de resolver (...)."

3.27. Encontrándose dentro de los plazos para resolver, se establece que el procedimiento ha sido sustanciado de conformidad con los preceptos constitucionales y legales, sin que se observe omisión de solemnidad sustancial alguna, tanto más que en el desarrollo del mismo se ha dado estricto cumplimiento a las garantías básicas del debido proceso, por lo que se declara su validez.

IV. BASE LEGAL

4.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, PUBLICADA EN EL REGISTRO OFICIAL No. 449 DE 20 DE OCTUBRE DE 2008.

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) “5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.”. (Subrayado fuera del texto original).

“Art. 16.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

3. La creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas.”

“Art. 17.- El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y al efecto:

1. Garantizará la asignación, a través de métodos transparentes y en igualdad de condiciones, de las frecuencias del espectro radioeléctrico, para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, así como el acceso a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas, y precautelará que en su utilización prevalezca el interés colectivo.”

“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”

“Art. 83.- 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.”

“Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.”

“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.”

4.2. LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES, PUBLICADA EN EL TERCER SUPLEMENTO, REGISTRO OFICIAL NO. 439, DE 18 DE FEBRERO DE 2015.

*“Art. 18.- **Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico.** El espectro radioeléctrico constituye un bien del dominio público y un recurso limitado del Estado, inalienable,*

imprescriptible e inembargable. Su uso y explotación requiere el otorgamiento previo de un título habilitante emitido por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, de conformidad con lo establecido en la presente Ley, su Reglamento General y regulaciones que emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. Las bandas de frecuencias para la asignación a estaciones de radiodifusión sonora y televisión públicas, privadas y comunitarias, observará lo dispuesto en la Ley Orgánica de Comunicación y su Reglamento General.”

“**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:

(...) 3. Cumplir y respetar esta Ley, sus reglamentos, los planes técnicos, normas técnicas y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, así como lo dispuesto en los títulos habilitantes.

(...) 28. Las demás obligaciones establecidas en esta Ley, su Reglamento General, normas técnicas y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y en los títulos habilitantes.”

“**Art. 34.- Pago por concentración de mercado para promover la competencia.** A fin de evitar las distorsiones en el mercado de servicios de telecomunicaciones y servicios por suscripción y promover la competencia, 108 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 la siguiente tabla:

DESDE	HASTA	PAGO
30%	34.99%	0,5%
35%	44.99%	1%
45%	54.99%	3%
55%	64.99%	5%
65%	74.99%	7%
75%	En adelante	9%

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

“**Artículo 48.- Derechos por el Otorgamiento de Títulos Habilitantes.** Las prestadoras de servicios de telecomunicaciones que actúen por delegación estatal deberán pagar al Estado los derechos por la obtención de títulos habilitantes que determine la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones podrá reglamentar el pago de tarifas o derechos por trámites de otorgamiento de títulos habilitantes, renovación, modificaciones, registros u otras actividades.”

“**Art. 142.- 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.”

“**Art. 144.- Competencias de la Agencia.** Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones:

(...)7. Normar, sustanciar y resolver los procedimientos de otorgamiento, administración y extinción de los títulos habilitantes previstos en esta Ley.

(...)15. Establecer y recaudar los derechos económicos por la prestación de servicios de telecomunicaciones y demás valores establecidos en esta Ley en el marco de sus competencias.

(...)24. Evaluar y regular el comportamiento del mercado de telecomunicaciones, determinar la existencia de distorsiones que afecten la competencia o que vulneren los derechos de los abonados y usuarios, así como determinar la existencia de prestadores que, individual o conjuntamente, ejerzan poder de mercado.”

“Art. 148.- Atribuciones del Director Ejecutivo.- Corresponde a la Directora o Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: (...) 12. Delegar una o más de sus competencias a los funcionarios de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.” (Negrita y subrayado fuera del texto original). 13. Recaudar los derechos económicos para el otorgamiento de títulos habilitantes para la prestación de servicios y por el uso, aprovechamiento y/o explotación del espectro radioeléctrico, así como las tasas por trámite establecidas en esta Ley.”

4.3. CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO, PUBLICADO EN EL SEGUNDO SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL NO. 31 DE 7 DE JULIO DE 2017.

“Art. 14.- Principio de juridicidad. La actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al presente Código.

La potestad discrecional se utilizará conforme a Derecho.”

“Art. 20.- Principio de control. Los órganos que conforman el sector público y entidades públicas competentes velarán por el respeto del principio de juridicidad, sin que esta actividad implique afectación o menoscabo en el ejercicio de las competencias asignadas a los órganos y entidades a cargo de los asuntos sometidos a control.

Los órganos y entidades públicas, con competencias de control, no podrán sustituir a aquellos sometidos a dicho control, en el ejercicio de las competencias a su cargo.

Las personas participarán en el control de la actividad administrativa a través de los mecanismos previstos.”

“Art. 22.- Principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Las administraciones públicas actuarán bajo los criterios de certeza y previsibilidad.

La actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración pública en el pasado. La aplicación del principio de confianza legítima no impide que las administraciones puedan cambiar, de forma motivada, la política o el criterio que emplearán en el futuro.

Los derechos de las personas no se afectarán por errores u omisiones de los servidores públicos en los procedimientos administrativos, salvo que el error u omisión haya sido inducido por culpa grave o dolo de la persona interesada.”

“Art. 98.- Acto administrativo. Acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo.”

“Art. 99.-Requisitos de validez del acto administrativo. Son requisitos de validez:

1. Competencia
2. Objeto
3. Voluntad
4. Procedimiento

5. Motivación”

“Art. 100.- Motivación del acto administrativo. En la motivación del acto administrativo se observará:

1. El señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance.
2. La calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo.
3. La explicación de la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos determinados.

Se puede hacer remisión a otros documentos, siempre que la referencia se incorpore al texto del acto administrativo y conste en el expediente al que haya tenido acceso la persona interesada.”.

“Art. 203.- Plazo de resolución. El acto administrativo en cualquier procedimiento será expreso, se expedirá y notificará en el plazo máximo de un mes, contado a partir de terminado el plazo de la prueba.

El transcurso del plazo máximo para resolver un procedimiento y notificar la resolución se puede suspender, únicamente en los supuestos expresamente recogidos en este Código.”

“Art. 204.- Ampliación extraordinaria del plazo para resolver. En casos concretos, cuando el número de personas interesadas o la complejidad del asunto exija un plazo superior para resolver, se puede ampliar el plazo hasta dos meses.

Contra la decisión que resuelva sobre la ampliación de plazos, que debe ser notificada a los interesados, no cabe recurso alguno.”

“Art. 205.- Contenido del acto administrativo. El acto administrativo expresará la aceptación o rechazo total o parcial de la pretensión de la persona interesada, los recursos que procedan, el órgano administrativo o judicial ante el que deban presentarse y el plazo para interponerlos”.

“Art. 219.- Clases de recursos. Se prevén los siguientes recursos: apelación y extraordinario de revisión. Le corresponde el conocimiento y resolución de los recursos a la máxima autoridad administrativa de la administración pública en la que se haya expedido el acto impugnado y se interpone ante el mismo órgano que expidió el acto administrativo. El acto expedido por la máxima autoridad administrativa, solo puede ser impugnado en vía judicial. Se correrá traslado de los recursos a todas las personas interesadas.”

4.4. **REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES, SUPLEMENTO 676 DE 25 DE ENERO DE 2016**

“Art. 47.- Pago por concentración de mercado.- Los pagos en función del número de abonados o clientes del servicio concesionado, permisionario o registrado, que realizarán los prestadores privados que concentren mercado, se calcularán conforme los porcentajes previstos en la Ley por el monto de los ingresos totales anuales que correspondan al servicio de telecomunicaciones o al servicio de radiodifusión por suscripción que se haya concentrado. Esta obligación es independiente de cualquier otra obligación prevista en la LOT y en el presente Reglamento.

La recaudación de estos valores será trimestral, sin embargo, la ARCOTEL realizará la reliquidación de los valores pagados en el ejercicio económico inmediatamente anterior, con base en los estados financieros auditados presentados ante la Superintendencia de Compañías, las declaraciones del impuesto a la renta e impuesto al valor agregado I VA (originales y sustitutivas) efectuadas ante el Servicio de Rentas Internas y los formularios de desagregación de ingresos, costos y gastos definidos por la ARCOTEL, de los prestadores privados de servicios de telecomunicaciones, para lo cual deberá emitir las regulaciones que considere necesarias, sin perjuicio de que la ARCOTEL pueda solicitar información técnica, financiera y contable adicional de considerarlo pertinente.”.

4.5. REGLAMENTO PAGO CONCENTRACION DE MERCADO PARA PROMOVER COMPETENCIA, REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO 563 DE 12 DE AGOSTO DE 2015

“Art. 3.- Definiciones.- Los términos técnicos empleados en este reglamento y no definidos, tendrán el significado establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en el Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, las adoptadas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), por los convenios y tratados internacionales ratificados por el Ecuador; y, en las regulaciones respectivas emitidas por la ARCOTEL.
Para aplicación del presente reglamento, se establecen las siguientes definiciones:

Abonados, suscriptores o clientes.- La definición de abonados, suscriptores o clientes, corresponde a lo establecido en el artículo 21 de la LOT. Para fines de aplicación del presente reglamento, el cálculo de la participación de mercado, se realizará sobre la base de las especificaciones, caracterizaciones o criterios que para tal fin aplique la ARCOTEL, respecto de la determinación del número de abonados, clientes o suscriptores, independientemente de que los mismos sean servidos por parte de prestadores públicos o privados.

Ingresos Totales por Servicio.- Se entiende por ingresos totales por servicio, a la facturación total por concepto de ingresos generados o provenientes de la explotación, operación, prestación y/o venta del servicio en el cual se determine concentración de mercado; excluyendo los tributos de ley, que a la fecha es el IVA.”.

“Art. 4.- Mercados de prestación de servicios de telecomunicaciones y por suscripción.- Para fines de aplicación del presente reglamento, se considera como mercado de prestación de un servicio de telecomunicaciones y por suscripción, al conjunto de prestadores de un mismo servicio, públicos o privados, independientemente del tipo de título habilitante con base en el cual se encuentren habilitados para brindar el mismo, e independientemente del área o circunscripción geográfica en la cual se encuentren brindando el servicio o la que tengan autorizada en su título habilitante.

En caso de que un Prestador provea el mismo servicio con base en dos o más títulos habilitantes, se considerará, para fines del presente reglamento, como un solo participante en dicho mercado.

Un servicio de telecomunicaciones o por suscripción, correspondiente a una concesión, autorización, permiso o registro, no podrá subdividirse en otros servicios, por tanto éstos no podrán ser considerados como mercados de prestación de servicios de telecomunicaciones y por suscripción independientes, ni relacionarse o incluirse como parte de otros mercados de prestación de servicios.”.

“Art. 5.- Periodo para el establecimiento de participación de mercado.- El establecimiento de la participación de mercado en función de los abonados, suscriptores o clientes, en los mercados de prestación de servicios de telecomunicaciones y por suscripción, se realizará de manera trimestral, para los siguientes periodos:

Trimestre I: periodo comprendido entre el 01 de enero y el 31 de marzo.

Trimestre II: periodo comprendido entre el 01 de abril y el 30 de junio.

Trimestre III: periodo comprendido entre el 01 de julio y el 30 de septiembre.

Trimestre IV: periodo comprendido entre el 01 de octubre y el 31 de diciembre.”.

“Art. 6.- Abonados, suscriptores o clientes para el cálculo de la participación de mercado.- Para la determinación del número de abonados o clientes y suscriptores de un mercado de prestación de un servicio de telecomunicaciones o por suscripción, se considerarán a los abonados, clientes o suscriptores de los prestadores de dicho servicio, que han sido reportados a la ARCOTEL, con desglose mensual.

Son abonados, clientes o suscriptores, las personas naturales o jurídicas que hayan contratado previamente el servicio, independientemente de su plan comercial o modalidad del servicio contratado, el tipo de contratación, esquema de pago, contratación mediante empaquetamiento

u otras circunstancias derivadas de la contratación de servicios de telecomunicaciones, así como independientemente de que dicha contratación se haya realizado por medio de un revendedor de servicios, intermediario o cualquier otra forma de gestión comercial, o la contratación sea vinculada con la prestación de servicios a través de terminales de telecomunicaciones de uso público.

La Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL podrá establecer especificaciones, caracterizaciones o criterios para la determinación de abonados, suscriptores o clientes de servicios de telecomunicaciones en general o para un servicio específico, los cuales serán de obligatorio cumplimiento y aplicación por parte de los prestadores públicos y privados, independientemente del título habilitante con base en el cual brinden sus servicios; para validación de dicho cumplimiento, la ARCOTEL realizará la verificación correspondiente a través de la realización de auditorías técnicas o acciones de supervisión y control respectivas, conforme las obligaciones constantes en sus títulos habilitantes y normativa aplicable.”.

“**Art. 7.-** Cálculo del porcentaje de participación de mercado.- El porcentaje de participación de mercado se calculará en función del número de abonados, suscriptores clientes de los prestadores públicos y privados de servicios de telecomunicaciones y por suscripción, independientemente del tipo de título habilitante en el que se soporten, se realizará respecto de los periodos establecidos en el artículo 5 del presente reglamento; considerará para el efecto, la participación promedio trimestral de abonados, suscriptores o clientes, con base en la información reportada mensualmente por todos los prestadores para el periodo en consideración; para tal fin, se aplicará la siguiente fórmula:

$$PPM = \frac{NAP_1 + NAP_2 + NAP_3}{NTA_1 + NTA_2 + NTA_3} \times 100$$

En donde:

PPM: participación porcentual de mercado de un prestador de servicios de telecomunicaciones o por suscripción, en un trimestre determinado.

NAP(1), NAP(2), NAP(3): número total de abonados, suscriptores y/o clientes para cada mes del trimestre, respectivamente, del prestador respecto del cual se calcula la participación en un determinado mercado de prestación de servicios de telecomunicaciones.

NTA(1), NTA(2), NTA(3): número total mensual de abonados, suscriptores y/o clientes para cada mes del trimestre, respectivamente, en el mercado de prestación de servicios de telecomunicaciones determinado para el efecto, considerando a los abonados, clientes o suscriptores de prestadores tanto públicos como privados.

El cálculo de la participación de mercado, para fines de aplicación del presente reglamento, se realizará en función el número de abonados, suscriptores o clientes de todos los poseedores de títulos habilitantes, para la prestación e servicios de telecomunicaciones o de suscripción, tanto públicos como privados.

En caso de que un prestador brinde un mismo servicio con base en dos o más títulos habilitantes, se considerará, para fines del presente reglamento, como un solo participante en dicho mercado; en dicho caso, la fórmula de cálculo se aplicará respecto del total de abonados, suscriptores o clientes del prestador, considerando todos los títulos habilitantes relativos al servicio para el cual se calcula la participación de mercado.”.

V. ANÁLISIS JURÍDICO

Mediante Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2020-00041 de fecha 27 de julio de 2020, la Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL, emitió su informe jurídico referente al recurso de apelación interpuesto por la compañía TELXIUS CABLE ECUADOR S.A., en contra del Oficio No. ARCOTEL-CTDG-2019-0082-OF de 31 de octubre de 2019, en lo referente al análisis jurídico se señala:

5.1. PRUEBA

El Código Orgánico Administrativo establece en el artículo 220 numeral 3 como uno de los requisitos formales para la impugnación, el anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos, en tal sentido, es claro que la intención del legislador fue la de contar con una fase probatoria en los recursos administrativos de impugnación, permitiendo tanto al recurrente, cuanto a la administración, presentar elementos de prueba que consideren. En tal razón, es necesario pronunciarse respecto de la prueba solicitada en el presente recurso.

En el escrito de interposición del recurso de apelación, constante en el documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-018203-E de 12 de noviembre de 2019, la recurrente solicita como prueba a su favor:

“(...) 4. Pruebas.- Solicito que se ordenen las siguientes pruebas:

4.1. Se oficie a la operadora CNT EP para que presente la lista de operadores de telecomunicaciones a los que les brinda servicios de capacidad internacional o servicios de lp internacional a través de su título habilitante de servicio portador.

4.2. Se oficie a la operadora TELCONET S.A para que presente la lista de operadores de telecomunicaciones a los que les brinda servicios de capacidad internacional o servicios de lp internacional a través de su título habilitante de servicio portador.

4.3. Se oficie a CNT EP para que presente la lista de clientes del cable Panamericano.

4.4. Se oficie a CABLE ANDINO S.A para que presente la lista de clientes del cable PCCS.

4.5. Se solicite, de conformidad con el art. 38, numeral 29 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la debida coordinación a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado a fin de que asesore en el análisis y determinación adecuada del mercado de capacidad internacional.

4.6. Solicito se me confiera el plazo de diez días para presentar un informe pericial de naturaleza que demuestre la inadecuada forma de determinar el mercado y la concentración que está haciendo ARCOTEL.

4.7. Se incorpore al expediente todos los oficios con 10 que se notificó la concentración de mercado en el mercado de capacidad internacional hechas desde la vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

4.8. Se oficie a CNT EP para que informe si a través de su propio servicio portador vende servicios de capacidad e lp internacional usando el Cable Panamericano.

4.9. Se oficie a TELCONET S.A para que informe si a través de su propio servicio portador vende servicios de capacidad e lp internacional usando el cable PCCS. (...)”

En relación a las pruebas del numeral 4.1, 4.3 y 4.8 en el que se solita se oficie a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT E.P, presente la lista de operadores de telecomunicaciones a los que les brinda servicios de capacidad internacional o servicios de lp internacional a través de su título habilitante de servicio portador para que informe si a través de su propio servicio portador vende servicios de capacidad e lp internacional usando el Cable Panamericano, la Dirección de Impugnaciones mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2019-00314 de 09 de diciembre de 2019 dispuso se oficie a esta empresa pública, por lo que, a través del Oficio No. ARCOTE L-CJDI-2019-0002-OF de 10 de diciembre de 2019 se realizó la petición formal.

Con documento ingresado en la ARCOTEL No. ARCOTEL-DEDA-2020-00113-E de 06 de enero de 2020, la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT E.P. en respuesta a lo solicitado en la providencia No. ARCOTEL-CJDI-2019-00314, señaló:

“Sobre la base de la disposición indicada, la CNT EP a partir del año 2011 reporta en el sistema SAAD la información correspondiente a las obligaciones señaladas en las diferentes normativas emitidas por el organismo de regulación y control de los servicios de telefonía fija, móvil avanzado, valor agregado, audio y video por suscripción, servicio portador y cable submarino, en el siguiente link: <https://aplicaciones.cnt.gob.ec/SeguridadesWeb/login.jsf>., al cual tienen acceso las diferentes áreas de la ARCOTEL para la verificación y control de la información enviada por la Operadora.

En relación a los petitorios 1, 2 y 3 del numeral CUARTO de su providencia No. ARCOTELCJDI-2019-00314, la CNT EP reporta de manera mensual, trimestral y semestral la información correspondiente a servicio portador y cable submarino, siendo que lo requerido se encuentra reportado en el link antes indicado y que el personal de ARCOTEL tiene acceso a los datos que reporta la Operadora como parte de sus obligaciones.

De manera complementaria, es importante indicar que la CNT EP dispone de diferentes rutas de transporte para comunicar su red nacional con sus equipos instalados en Miami y Nueva York (red internacional). Sobre estas rutas se distribuye el tráfico de diferentes servicios (internet, transporte de datos, telefonía, roaming, etc) de una forma dinámica, para evitar saturación de circuitos y brindar redundancia en caso de fallas.

En este sentido, el listado de clientes a los cuales se les provee enlaces de transporte internacional y que usan exclusivamente el sistema de cable submarino Panamericano, es reportado de manera periódica a la ARCOTEL a través del sistema (SAAD), conforme la ruta de carga de información que se demuestra en la siguiente captura de pantalla: (...)

Respecto al listado de clientes de operadores de telecomunicaciones a los que la CNT EP les brinda servicios de portador, la base con la que cuenta la Empresa es de carácter confidencial toda vez que se relaciona con el giro específico del negocio; sin embargo, la información respecto a servicio portador se la reporta según su Título Habilitante a través del sistema (SAAD) al cual tiene acceso el personal designado de la entidad de regulación y Control.

Por lo expuesto y al ser que la propia entidad de regulación y control posee la información solicitada y al amparo de lo que señala el artículo 24 del Código Orgánico Administrativo, se solicita a la ARCOTEL garantizará la información confidencial con el resto de operadores de telecomunicaciones.”

En razón de la respuesta emitida por CNT E.P., la Dirección de Impugnaciones con memorando No. ARCOTEL-CJDI-2020-0050-M de 23 de enero de 2020 solicitó a la Dirección Técnica de Estudios, Análisis Estadísticos y de Mercado, información relativa a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT E.P., “ (...) se proporcione la información respecto a la lista de operadores de telecomunicaciones a los que la CNT EP les brinda servicios de capacidad internacional o servicios de lp internacional a través de su título habilitante de servicio portador; la lista de clientes del cable Panamericano de CNT EP; y, un informe si la CNT EP a través de su propio servicio portador vende servicios de capacidad e lp internacional usando el Cable Panamericano, a fin de que esta información sea agregada al expediente.”

Con memorando No. ARCOTEL-CREG-2020-0065-M de 06 de febrero de 2020, la Coordinación Técnica de Regulación remitió el memorando No. ARCOTEL-CJDI-2020-0050-M de 23 de enero de 2020 a la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes y posteriormente asignado a la Dirección Técnica de Títulos Habilitantes de Servicios y Redes de Telecomunicaciones.

Con memorando No. ARCOTEL-CJDI-2020-0247-M de 24 de abril de 2020, la Dirección de Impugnaciones requirió nuevamente a la Dirección Técnica de Títulos Habilitantes de Servicios y Redes de Telecomunicaciones emita respuesta al memorando No. ARCOTEL-CJDI-2020-0050-M de 23 de enero de 2020.

Mediante memorando No. ARCOTEL-CTDS-2020-0446-M de 02 de junio de 2020 el Director Técnico de Títulos Habilitantes de Servicios y Redes de Telecomunicaciones respecto de lo solicitud informa:

“(...) Al respecto me permito indicar que con fecha 01 de julio de 2010, la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, suscribió el título habilitante denominado Permiso para la Provisión de Capacidad de Cable Submarino con la entonces Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, cuyo objeto establece “(...) la venta o alquiler de capacidad de transmisión internacional desde la estación de cable submarino ubicada en territorio ecuatoriano”; adicionalmente, la Empresa Pública en diversos comunicados dirigidos a la ARCOTEL, ha manifestado que administra una parte proporcional del cable Panamericano como un esquema de consorcio conformado por varias empresas, gran parte

de esa capacidad, la utiliza para atender las necesidades de sus propios abonados de los diversos servicios de telecomunicaciones, tales como: telefonía, datos e Internet, etc.

Es decir, la provisión de capacidad internacional de CNT EP a través del sistema de cable Panamericano, se deriva exclusivamente de su título habilitante de Cable submarino, con lo cual en su último reporte trimestral de abonados, clientes, o suscriptores, remitido con oficio Nro. GNRI-GREG-06-0395-2020 (adjunto), dicha empresa señala: "La CNT EP es permisionaria para la provisión de capacidad de cable submarino de su propiedad, la cual corresponde a un porcentaje del total que aterriza en el Ecuador", adjuntando el siguiente reporte (...):

Finalmente, la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes con memorando Nro. ARCOTEL-CTHB-2019-0724-M, solicitó a la Coordinación Técnica de Control verificar que la única permisionaria en el país que actualmente está operando en dicho sistema, es la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, para lo cual, la Coordinación Técnica de Control mediante memorando Nro. ARCOTEL-CCON-2019-1054-M (adjunto) indicó: "1.- De la información obtenida se ha determinado que la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT E.P., es la operadora en cuya infraestructura se ha establecido el punto de llegada del sistema de cable submarino de fibra óptica denominado PAN AMERICAN CABLE SYSTEM PANAM, situado en la provincia de Santa Elena, localidad de Punta Carnero, Edificio Salinas 2, propiedad de dicha operadora nacional. (...) 3. Del análisis realizado no se observan indicios de que exista, a más de la CNT E.P., otra empresa que preste servicios de transporte internacional en la modalidad de cable submarino a partir de la mencionada infraestructura."

Adicionalmente me permito informar que mediante la suscripción de la denominada "Condiciones Generales para la Prestación de los Servicios de Telecomunicaciones" inscrita bajo el Tomo 92 a Fojas 9209 el 1 de junio de 2011 a favor de la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES -CNT EP, se incluye el anexo E Condiciones para la Prestación del Servicio Portador y con base a la información reportada en el Sistema de Información y Estadística de los Servicios de Telecomunicaciones SIETEL de la Agencia de Regulación y Telecomunicaciones los prestadores de Servicio de Acceso a Internet SAI que cuentan con una conexión internacional provista por CNT EP (...).

Respecto de la información remitida por la Dirección Técnica de Títulos Habilitantes de Servicios y Redes de Telecomunicaciones en el memorando No. ARCOTEL-CTDS-2020-0446-M de 02 de junio de 2020, la Dirección de Impugnaciones solicitó mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00070 de 18 de junio de 2020 a la Dirección Técnica de Títulos Habilitantes de Servicios y Redes de Telecomunicaciones, que amplíe la información constante en el memorando No. ARCOTEL-CTDS-2020-0446-M de 02 de junio de 2020 respecto de la "lista de operadores de telecomunicaciones a los que la CNT EP les brinda servicios de capacidad internacional o servicios de Ip internacional a través de su título habilitante de servicio portador; la lista de clientes del cable Panamericano de CNT EP; y, un informe si la CNT EP a través de su propio servicio portador vende servicios de capacidad e Ip internacional usando el Cable Panamericano" en cuanto a la información entregada por la operadora durante el tercer trimestre del año 2019."

De la misma manera, la Dirección de Impugnaciones mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00070 de 18 de junio de 2020, solicitó en virtud de las pruebas de los numeral 4.2 y 4.9 constante en el escrito del recurso de apelación, que la Dirección Técnica de Títulos Habilitantes de Servicios y Redes de Telecomunicaciones, remita la lista de operadores de telecomunicaciones a los cuales brinda servicios de capacidad internacional o servicios de Ip internacional a través de su título habilitante de servicio portador la compañía TELCONET S.A; y, se informe si a través de su propio servicio portador la compañía TELCONET S.A vende servicios de capacidad e Ip internacional usando el cable PCCS, respecto de la información entregada por la operadora en el tercer trimestre de 2019. Cabe señalar, que la Dirección de Impugnaciones mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2019-00314 de 09 de diciembre de 2019 solicitó se oficie a la operadora TELCONET S.A para que presente la lista de operadores de telecomunicaciones a los que les brinda servicios de capacidad internacional o servicios de Ip internacional a través de su título habilitante de servicio portador y para que informe si a través de su propio servicio portador vende servicios de capacidad e Ip internacional usando el cable PCCS, sin embargo, al no haber obtenido respuesta por parte de la compañía TELCONET

S.A., realizó la petición a la Dirección Técnica de Títulos Habilitantes de Servicios y Redes de Telecomunicaciones.

La Dirección Técnica de Títulos Habilitantes de Servicios y Redes de Telecomunicaciones, en atención a lo solicitado en la providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00070 de 18 de junio de 2020, remitió el memorando No. ARCOTEL-CTDS-2020-0533-M de 02 de julio de 2020 en el que señala:

“(...) En función de su pedido, indico que el cable PACIFIC CARIBBEAN CABLE SYSTEM (PCCS) es un sistema de cable submarino que se maneja a través de un esquema de consorcio, la empresa TELCONET S.A. no es poseedora de un título habilitante de Cable Submarino, quienes prestan servicios de capacidad internacional desde aquel sistema son las empresas CABLE ANDINO S.A. CORPANDINO y TELXIUS CABLE ECUADOR S.A.

Con fecha 30 de junio de 2015, la empresa CABLE ANDINO S.A. suscribió el título habilitante denominado Registro para Prestación de Servicios de Telecomunicaciones a través de Cable Submarino, cuyo Artículo 1 de las Condiciones Generales para la prestación del servicio señala: “(...) 1.2 Al prestador, se le autoriza la venta o alquiler de capacidad de cable submarino desde la estación de cable submarino en territorio nacional”; es decir que la provisión de capacidad internacional de la empresa CABLE ANDINO S.A. a través del sistema PCCS, se deriva exclusivamente de su título habilitante de Cable Submarino, con lo cual en el reporte correspondiente al tercer trimestre de 2019 señala los siguientes abonados, clientes, o suscriptores (...)”

Adicionalmente, en la Providencia Nro. ARCOTEL-CJDI-2020-00070, se solicitó: “la lista de operadores de telecomunicaciones a los que la CNT EP les brinda servicios de capacidad internacional o servicios de Ip internacional a través de su título habilitante de servicio portador; la lista de clientes del cable Panamericano de CNT EP; y, un informe si la CNT EP a través de su propio servicio portador vende servicios de capacidad e Ip internacional usando el Cable Panamericano” en cuanto a la información entregada por la operadora durante el tercer trimestre del año 2019”.

Tal y como se señaló en el oficio Nro. ARCOTEL-CTDS-2020-0446-M, la Empresa Pública en diversos comunicados dirigidos a la ARCOTEL, ha manifestado que administra una parte proporcional del cable PANAMERICANO como un esquema de consorcio conformado por varias empresas, gran parte de esa capacidad, la utiliza para atender las necesidades de sus propios abonados de los diversos servicios de telecomunicaciones, tales como: telefonía, datos e Internet, etc.; y, que la provisión de capacidad internacional de CNT EP a través del sistema de cable Panamericano, se deriva exclusivamente de su título habilitante de Cable submarino, con lo cual en el reporte correspondiente al tercer trimestre de 2019 remitido con oficio Nro. GNRI-GREG-06-1312-2019, dicha empresa señala: “La CNT EP es permisoria para la provisión de capacidad de cable submarino de su propiedad, la cual corresponde a un porcentaje del total que aterriza en el Ecuador”, indicando el siguiente abonado, cliente, o suscriptor (...)”.

Adicionalmente, me permito informar que la Compañía TELCONET S.A., cuenta con el Título Habilitante de Registro del Servicio Portador y Concesión de Uso y Explotación de Frecuencias no Esenciales del Espectro Radioeléctrico inscrito en el Tomo 123 a Fojas 12326 el 29 de mayo de 2017 y con base a la información reportada en el Sistema de Información y Estadística de los Servicios de Telecomunicaciones SIETEL de la Agencia de Regulación y Telecomunicaciones los prestadores de Servicio de Acceso a Internet SAI que cuentan con una conexión internacional provista por TELCONET S.A. son:

Respecto de esta prueba constante en el memorando No. ARCOTEL-CTDS-2020-0533-M de 02 de julio de 2020, la compañía recurrente con documento No. documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-009483-E de 15 de julio de 2020, se pronunció sobre la documentación y señaló:

“1. De la información que consta en el Memorando Nro. ARCOTEL-CTDS-2020-0533-M de 02 de julio de 2020, se puede evidenciar que en el mercado de transporte internacional se deben

incluir también a los proveedores de portador internacional que usan su propia infraestructura para ofrecer el servicio de transporte e Ip internacional a prestadores de Servicio de Acceso a Internet. En el caso de CABLE ANDINO S.A., esta empresa vende la capacidad a una empresa relacionada (a su propio dueño y por tanto, parte del mismo grupo), es decir, como si vendiera a sí misma y luego abre el abanico a cerca de 60 proveedores de servicios de internet e incluso portadores, como ETAPA EP.

Por lo tanto, ARCOTEL debería considerar a todos esos clientes para calcular el mercado real (competidores y sustitutos) y no el mercado nominal, pues TELCONET S.A. no es más que intermediaria de CABLE ANDINO S.A.

2. En respaldo de lo señalado, una vez más insistimos en que ARCOTEL debe considerar lo que señala el art. 6 del Reglamento para la aplicación del pago por concentración de mercado para promover la competencia que “Son abonados, clientes o suscriptores, las personas naturales o jurídicas que hayan contratado previamente el servicio, independientemente de su plan comercial o modalidad del servicio contratado, el tipo de contratación, esquema de pago, contratación mediante empaquetamiento u otras circunstancias derivadas de la contratación de servicios de telecomunicaciones, así como independientemente de que dicha contratación se haya realizado por medio de un revendedor de servicios, intermediario o cualquier otra forma de gestión comercial, o la contratación sea vinculada con la prestación de servicios a través de terminales de telecomunicaciones de uso público.” TELCONET S.A. no es más que un revendedor o comercializador del servicio de CABLE ANDINO S.A.

3. El Memorando Nro. ARCOTEL-CTDS-2020-0533-M de 02 de julio de 2020 incluye el análisis del mercado aguas abajo de CABLE ANDINO S.A. que con su empresa relacionado TELCONET S.A. vende los servicios de transporte internacional e Ip internacional, pero no hace lo mismo con respecto a CNT EP. Es decir, es un informe parcial y dimuto, pues CNT PE hace lo mismo que CABLE ANDINO S.A.

4. Adjunto cuadro de accionistas de TELCONET S.A. y CABLE ANDINO S.A. en donde se puede observar que TELCONET S.A. es la dueña de CABLE ANDINO S.A., por lo tanto es como un solo operador para efectos de calcular el mercado, en forma técnica.”

Al respecto, la información proporcionada por la Dirección Técnica de Títulos Habilitantes de Servicios y Redes de Telecomunicaciones sobre la compañía TELCONET S.A, se colige que la mencionada empresa no posee un Título Habilitante para operar un servicio de cable submarino, por tanto la prueba no es pertinente al caso en análisis, en razón de que la mencionada compañía posee el Título Habilitante de Registro del Servicio Portador y Concesión de Uso y Explotación de Frecuencias no Esenciales del Espectro Radioeléctrico, el cual no es motivo de análisis sobre la concentración del mercado por el servicio de cable submarino.

Por otra parte, la información remitida por la Dirección Técnica de Títulos Habilitantes de Servicios y Redes de Telecomunicaciones refiriéndose a la Empresa Pública Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT E.P que es permissionaria para la provisión de capacidad de cable submarino de su propiedad, la cual corresponde a un porcentaje del total que aterriza en el Ecuador, sin embargo esta prueba no desvirtúa que la compañía TELXUS CABLE ECUADOR S.A. sea el mayor concentrador del servicio de cable submarino, por cuanto CNT E.P tiene un cliente “Columbus Networks” comparado con los 7 clientes o abonados que tiene registrado la compañía TELXUS CABLE ECUADOR S.A en el sistema SAAD de la ARCOTEL.

En referencia la prueba “4.4. Se oficie a CABLE ANDINO S.A para que presente la lista de clientes del cable PCCS”, al respecto la Dirección de Impugnaciones con providencia No. ARCOTEL-CJDI-2019-00314 de 09 de diciembre de 2019 dispuso se oficie a la compañía en mención y con oficio No. ARCOTEL-CJDI-2019-0003-OF de 10 de diciembre de 2019 se requirió la información.

La compañía CABLE ANDINO S.A., en respuesta al oficio No. ARCOTEL-CJDI-2019-0003-OF ingresó ante ésta Institución el documento No. ARCOTEL-DEDA-2019-020269-E de 13 de diciembre de 2019, y señaló lo siguientes:

“Detallamos a continuación la información solicitada respecto a los clientes del cable PCCS a quienes Cable Andino S.A. Corpandino les provee el servicio:

- a) Telconet S.A*
- b) Setel S.A”*

Sin embargo, la información proporcionada refleja la lista de clientes del cable PCCS de la compañía CABLE ANDINO S.A., en este sentido no logra desvirtuar que la operadora TELXIUS CABLE ECUADOR S.A. concentre el mercado de servicio de Cable Submarino.

En relación a la prueba del numeral 4.5 *“Se solicite, de conformidad con el art. 38, numeral 29 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la debida coordinación a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado a fin de que asesore en el análisis y determinación adecuada del mercado de capacidad internacional”*, la Dirección de Impugnaciones con providencia No. ARCOTEL-CJDI-2020-00019 de 22 de enero de 2020 se dispuso se oficie a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado y en efecto con oficio No. ARCOTEL-CJDI-2020-OF de 23 de enero de 2020 se hizo el requerimiento para que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del Código Orgánico Administrativo remita una copia certificada de la investigación realizada por esta entidad relacionada con el mercado de transporte internacional, información agregada al expediente administrativo.

La autoridad de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado en atención al requerimiento realizado por la Dirección de Impugnaciones ingresó con documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-002327-E de 04 de febrero de 2020, que se adjunta el memorando No. SCPM-IGT-INCCE-2020-048 de 28 de enero de 2020, en el cual señala:

“(…) Dentro del expediente No. SCPM-IGT-INCCE-012-2019, la Intendencia Nacional de Control de Concentración Económica está realizando un estudio del mercado de transporte internacional, mismo que se encuentra en fase de recopilación de información, para el efecto, gran parte ha sido aportada por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, y otra ha sido obtenida mediante reuniones de trabajo con los operadores económicos del sector, entre ellos, TELXIUS CABLE ECUADOR S.A. Por tanto, dado que la investigación aún continúa abierta al momento no existe un producto de investigación que pueda ser entregado para conocimiento de la antedicha autoridad, en mérito de su requerimiento.(…)”

De manera que, la prueba solicitada no agrega elementos de valor para demostrar los argumentos planeados por la recurrente, ya que no aporta información relevante para dirimir el objeto del recurso.

Respecto de la prueba *“4.7. Se incorpore al expediente todos los oficios con 10 que se notificó la concentración de mercado en el mercado de capacidad internacional hechas desde la vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.”*, la compañía recurrente mediante documento No. ARCOTEL-DEDA-2020-001755-E de 27 de enero de 2020, adjunta el informe pericial denominado *“ESTUDIO ECONÓMICO SOBRE LA DEFINICIÓN DE CUOTAS DE MERCADO EN EL MERCADO DE CABLE SUBMARINO EN ECUADOR”* de enero de 2020 elaborado por el Phd. Byron Patricio Vásquez, perito registrado en el Consejo de la Judicatura con el No. 1866907, que concluyó:

“(…) a) Existe una inadecuadamente determinación del mercado relevante de acceso a capacidad internacional de telecomunicaciones ya que se ha separado el mercado relevante bajo el criterio de Títulos Habilitantes los cuales están asociados a una tecnología en particular, a pesar de que expresamente el artículo 4 del RPCMPC y la Disposición Transitoria Segunda del mencionado Reglamento no lo permite. Desde el punto de vista técnico y basado en varios estudios internacionales que así lo indican, el mercado de capacidad internacional de telecomunicaciones permite:

- 1. Empresas prestadoras del servicio de Capacidad de Cable Submarino*
- 2. Empresas prestadoras del servicio de Cable Internacional Terrestre de Fibra*
- 3. Empresas que proveen servicio de capacidad a Enlaces Satelitales*

b. Es necesario que ARCOTEL revise la determinación del mercado de Cable Submarino y que considere criterios técnicos para determinar un mercado relevante o referencial para fines de competencia o regulación y no sus títulos habilitantes como bien lo establece la normativa aplicable. En la actualidad existe una abundante material bibliográfico y experiencia institucional nacional e internacional, como es el caso de la Normativa emitida por la Junta de Regulación de la LRCPM la misma que recoge las mejores prácticas para la determinación de un mercado relevante.

c. Adicional al problema de delimitación del mercado, se ha evidenciado que no existe un criterio específico para considerar la contabilización de clientes y abonados de los prestadores de Cable Submarino. Este hecho ha afectado la veracidad en los reportes del número de clientes y usuarios del mercado de capacidad de Cable Submarino y por ende los cálculos realizados por ARCOTEL sobre las cuotas de mercado de los prestadores de este servicio.

d. El submercado de Capacidad de Cable Submarino es un mercado mayorista en donde existe 3 prestadores de los cuales uno empresa se encuentra verticalmente integrado con mercados minoristas y por ende tiene un alto nivel de autoconsumo o ventas cautivos o nivel retail, es decir, es su propio cliente. A pesar de que la normativa de reporte de clientes o abonados menciona que independientemente de la forma contractual con el cliente es importante reportar o los clientes, en el caso de una empresa verticalmente integrado, el nivel de autoconsumo se debería reportar como un cliente.

e. Asimismo, se evidenció un (alto) nivel de subdeclaración de clientes y abonados debido a que en el mercado de telecomunicaciones existen empresas portadoras relacionadas o varios de los prestadores de Capacidad de Cable Submarino. Esta circunstancia incide en que dichas empresas con Licencia de Portador estén reportando sus clientes mayoristas de acceso de capacidad internacional y que sean empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones, como clientes o abonados dentro del mercado Portador. Cabe indicar una vez más que el artículo 6 del RPCPM determina claramente la obligatoriedad de reporte de clientes directos e indirectos. Se deberían considerar igualmente los clientes mayoristas del servicio portador internacional de dichas empresas, pues están dentro del mismo mercado de capacidad de Cable Submarino.

f. Los problemas identificados en la delimitación del mercado y en la subdeclaración de clientes y abonados, han afectado los cálculos realizados por ARCOTEL de las cuotas de mercado de prestadores de servicio de capacidad internacional de telecomunicaciones mediante Cable Submarino declarando que Telxius cuenta con el 63.68% del mercado y que ha reportado tener 7 clientes y los otros dos prestadores únicamente han reportado 2 cada uno. Esto inconsistencia regulatoria, ha incidido o que Telxius pague por concepto de Concentración de Mercado, el 7% de sus Ingresos.

g. Es importante recordar que el espíritu del artículo 34 de la LOT es el de evitar las distorsiones en el mercado de servicios de telecomunicaciones y servicios por suscripción y promover la competencia. Sin embargo, la aplicación equivocada de la normativa ha afectado económicamente y por ende a su competitividad a una de las empresas prestadoras del servicio de telecomunicaciones que ha entrado al mercado de capacidad internacional, o disputar en forma competitiva las ofertas de las empresas más grandes por lo que el ARCOTEL no estaría cumpliendo el principio del artículo 34 de la LOT.

h. La ARCOTEL cuenta con el marco legal correspondiente para revisar tanto la determinación del mercado relevante correspondiente, así como el definir o clarificar los criterios y especificaciones sobre los cuales los prestadores de los mercados de referencia deberían reportar el número de abonados y clientes directos o indirectamente atendidos. Esta actuación, debe además ser oportuna en su revisión dado el grave daño a la competencia que implica el actual escenario de aplicación errónea del artículo 34 de la LOT, lo que beneficia a las empresas más grandes.”

Sobre el análisis realizado en el informe pericial, es importante señalar que el Reglamento Pago Concentración de Mercado para Promover Competencia en el inciso segundo del artículo 3, dispone:

“Art. 3.- (...) Abonados, suscriptores o clientes.- La definición de abonados, suscriptores o clientes, corresponde a lo establecido en el artículo 21 de la LOT. Para fines de aplicación del presente reglamento, el cálculo de la participación de mercado, se realizará sobre la base de las especificaciones, caracterizaciones o criterios que para tal fin aplique la ARCOTEL, respecto de la determinación del número de abonados, clientes o suscriptores, independientemente de que los mismos sean servidos por parte de prestadores públicos o privados.”

Al revisar el artículo 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones dispone:

“Artículo 21.- Definición y tipo de usuarios. Usuario es toda persona natural o jurídica consumidora de servicios de telecomunicaciones. El usuario que haya suscrito un contrato de adhesión con el prestador de servicios de Telecomunicaciones, se denomina abonado o suscriptor y el usuario que haya negociado las cláusulas con el Prestador se denomina Cliente.” (Lo subrayado me pertenece)

Para el pago por concentración de mercado, establecida en la norma expresa del artículo 34 ibídem, dispone claramente que los prestadores privados que concentren mercado en función del número de abonados o clientes del servicio concesionado, autorizado o registrado deberán pagar un porcentaje de sus ingresos totales anuales.

En el presente caso, se le otorgó el Permiso para la Provisión de Capacidad de Cable Submarino a favor de la empresa a la compañía TELXIUS CABLE ECUADOR S.A, y con Oficio No. ARCOTEL-CTDG-2019-0082-OF de 31 de octubre de 2019 se le comunicó que en el tercer trimestre del año 2019 concentró el mercado al tener una participación porcentual de mercado del 63,64% y el porcentaje que le corresponde según sus ingresos totales es del 5% por servicio que preste a sus abonados o suscriptores del servicio de cable submarino que es el concesionado por la Autoridad de telecomunicaciones.

Indicando de esta manera que la compañía que posea mayor participación o cuota de mercado, concentra el mercado y por lo tanto está en capacidad de ejercer poder o presión sobre ese mercado (específicamente servicio de cable su submarino) y el de sus competidores, este comportamiento afecta significativamente a la libre competencia.

Es decir la concentración del mercado está plenamente delimitado a la prestación del servicio concesionado, en el caso es a la prestación del servicio de cable submarino directamente y no a la provisión y venta de otros servicios que requieran o utilicen en segundo plano el cable submarino como por ejemplo el servicio de acceso a internet o portador. Es por esta razón que el artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones empieza señalando “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 (...)”

Cabe mencionar lo manifestado por la Dirección Técnica de Títulos Habilitantes de Servicios y Redes de Telecomunicaciones, en el memorando No. ARCOTEL-CTDS-2020-0533-M de 02 de julio de 2020: “(...) la empresa CABLE ANDINO S.A. suscribió el título habilitante denominado Registro para Prestación de Servicios de Telecomunicaciones a través de Cable Submarino,(...); es decir que la provisión de capacidad internacional (...) a través del sistema PCCS, se deriva exclusivamente de su título habilitante de Cable Submarino,(...)”

Respecto de CNT E.P manifiesta: “(...) la Empresa Pública en diversos comunicados dirigidos a la ARCOTEL, ha manifestado que administra una parte proporcional del cable PANAMERICANO como un esquema de consorcio conformado por varias empresas, gran parte de esa capacidad, la utiliza para atender las necesidades de sus propios abonados de los diversos servicios de telecomunicaciones, tales como: telefonía, datos e Internet, etc.; y, que la provisión de capacidad

internacional de CNT EP a través del sistema de cable Panamericano, se deriva exclusivamente de su título habilitante de Cable submarino,(...)".

Al respecto, el Reglamento para la Aplicación del Pago por Concentración de Mercado para Promover la Competencia, claramente señala en el artículo 4 *"(...) Mercados de prestación de servicios de telecomunicaciones y por suscripción.- Para fines de aplicación del presente reglamento, se considera como mercado de prestación de un servicio de telecomunicaciones y por suscripción, al conjunto de prestadores de un mismo servicio, públicos o privados, independientemente del tipo de título habilitante con base en el cual se encuentren habilitados para brindar el mismo, e independientemente del área o circunscripción geográfica en la cual se encuentren brindando el servicio o la que tengan autorizada en su título habilitante.(...)"* (Lo subrayado me pertenece). Es decir, para el caso en análisis, se considera que el mercado correspondiente al servicio de cable submarino comprende a todos los prestadores que otorgan el servicio mencionado.

Finalmente, la compañía TELXIUS CABLE ECUADOR S.A a través del informe pericial no ha logrado desvirtuar la calidad de prestadora del servicio de cable submarino y la concentración del mercado del servicio mencionado, establecida en el informe técnico No. IT-CRDM-2019-0068 de 31 de octubre de 2019.

En cuanto a la prueba constante en el numeral 4.7 *"Se incorpore al expediente todos los oficios con 10 que se notificó la concentración de mercado en el mercado de capacidad internacional hechas desde la vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones"* del escrito del recurso de apelación, la Dirección de Impugnaciones mediante providencia No. ARCOTEL-CJDI-2019-00314 de 09 de diciembre de 2019, después de analizar la pertinencia de la misma al caso, determinó que es inconducente ya que el hecho que se pretende probar con los oficios que solicita no tiene vinculación ni forma parte del asunto controvertido.

5.2. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE

5.2.1. ARGUMENTO 1: *"Los problemas en el cálculo de los mercados. -*

En sector de las telecomunicaciones no es un mercado en sí mismo, sino que dentro de él, existen varios mercados. Un mercado particular es el mercado de telefonía móvil, otro es el de provisión de Internet, otro es el de telefonía de larga distancia, por citar algunos. También el mercado de provisión de capacidad internacional podría considerarse un mercado. Se trata de la oferta de salida de voz y datos a través de los cables internacionales, satélites o salidas terrestres por Colombia para conectarse con cables submarinos conectados en dicho país.

Actualmente existen tres cables conectados en Ecuador: Cable Panamericano cuyo permiso lo obtuvo la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, el cable SAM1, cuyo permiso lo obtuvo TELXIUS CABLE ECUADOR S.A. y el Pacific Caribbean Cable System (PCCS) que es operado por CABLE ANDINO S.A. y TELXIUS CABLE S.A., sin embargo, el mercado de provisión de capacidad internacional no se reduce a estos operadores.

La determinación de los mercados es una tarea técnica que debería ser objeto de especial atención por parte de ARCOTEL. No se trata de definir los mercados por la denominación de los servicios (lo cual es error gravísimo), por ejemplo, la larga distancia internacional fija o la capacidad en cable submarino, porque la realidad de los mercados es muy diferente y debe ser considerado al momento de definir los mercados relevantes en cumplimiento del art. 31 de la LOT. En efecto, en el primer caso, el mercado es la larga distancia simplemente, sin que sea relevante si es fija o móvil y en ella compiten proveedores de telefonía fija y móvil y además aplicaciones de voz sobre Ip tales como skype, para mencionar un ejemplo.

Hay que tener presente que el art. 31 de la LOT antes mencionado, ordena que a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, con sujeción al Reglamento de Mercados que para el efecto apruebe, determine al menos cada dos años los mercados relevantes relativos a servicios o redes de telecomunicaciones, tanto mayoristas como minoristas y el ámbito geográfico. Esta norma está directamente relacionada con el art. 34 de la LOT, pues permite hacer una determinación técnico

- económica de los mercados y no una determinación nominal sin considerar el efecto de la sustitución, Es decir, el pago por concentración debe hacer en base a la participación real en mercados relevantes previamente determinados.

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 y aplicar el art. 34 de la LOT, la ARCOTEL debe establecer los mercados relevantes, es decir, el conjunto de bienes o servicios (incluyendo sus sustitutos) que compiten entre sí en una determinada zona geográfica. Para que un análisis del mercado sea adecuado, se deben considerar todos los productos o servicios que compiten entre sí, aunque existan diferencias no relevantes. Por ejemplo, si se analiza el mercado de las agencias de viajes, se debe incluir también a quienes comercializan pasajes aéreos a través de Internet, pues ambos satisfacen una misma necesidad y son sustitutos entre sí.

De igual, si se analiza el mercado del transporte terrestre, no se puede excluir del análisis a las empresas de transporte que no salen o llegan al terminal terrestre pero que cubren las mismas rutas, pues en la realidad compiten por el mismo mercado. (...)."

ANÁLISIS:

La Resolución No. 006-05-ARCOTEL-2015 de 29 de julio de 2015 en su Disposición General Tercer, establece los servicios de régimen general de telecomunicaciones entre los que se encuentra el de Capacidad Cable Submarino.

El Cable Submarino o Interoceánico es aquel cable de cobre o fibra óptica instalado sobre el lecho marino y destinado fundamentalmente a servicios de telecomunicación, este cable permite tener Internet y otros servicios asociados, permitiéndonos la conexión a servidores repartidos por cualquier parte del planeta.

Mediante Resolución No. 392-21-CONATEL-2007 de 27 de julio de 2007, se aprueba el Permiso para la Provisión de Capacidad de Cable Submarino a favor de la empresa TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES ECUADOR S.A., suscrita el 29 de agosto de 2007, hoy denominado TELXIUS CABLE ECUADOR S.A por un periodo de 20 años a partir de sus suscripción el cual vence el 29 de agosto de 2027.

Los cables submarinos de Ecuador son tres:

PAN AMERICAN (PAN-AM)	SOUTH AMERICA 1 (SAM-1)	CARIBBEAN CABLE SYSTEM (PCCS)
Opera desde Febrero de 1999. Tiene una longitud de 7 mil kilómetros y una capacidad de 190 Gbps en sus 4 anillos.	Opera desde Marzo de 2001. Tiene una longitud de 25 mil kilómetros y una capacidad de 1.92 Tbps.	Opera desde Marzo de 2001. Tiene una longitud de 25 mil kilómetros y una capacidad de 1.92 Tbps.
Chile, Aruba, Colombia, Panamá, Perú, Ecuador, Venezuela, Estados Unidos	Chile, Colombia, Estados Unidos, Brasil, Argentina, Perú, Guatemala, República Dominicana, Ecuador.	Panamá, Colombia, Aruba, Estados Unidos, Ecuador, Curazao, Reino Unido.

Entonces para realizar el cálculo respecto del pago por concentración de mercado para promover la competencia se aplica lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones el cual señala que los prestadores privados de telecomunicaciones que concentren mercado en función del número de abonados o clientes del servicio concesionado, autorizado o registrado pagarán al fisco un porcentaje de sus ingresos totales anuales.

La concentración de mercado en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, de manera general se refiere a la estructura del mercado, al tamaño del operador económico o empresa en relación a la industria o mercado donde se desarrolla. Si un operador económico o empresa posee mayor participación o cuota de mercado, concentra el mercado y por lo tanto está en capacidad de ejercer

poder o presión sobre ese mercado y sus competidores. Este comportamiento afecta significativamente a la libre competencia de mercado.

En cambio de manera general se entiende por mercado relevante al producto o grupo de productos o servicio o grupo de servicios, materia del estudio o investigación, y sus sustitutos; es decir que tienen competencia cercana. Como complemento del análisis del mercado relevante se identifica también el mercado geográfico del producto o servicio analizado. Por ejemplo: “un mercado relevante lo constituye las bebidas con gas cuyos posibles sustitutos (después de aplicar métodos cualitativos y cuantitativos) pueden ser los jugos de fruta en embotellados o en cartón, las bebidas de sobre que se disuelven o incluso el agua”.

Según el art. 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, sobre el mercado relevante se señala: “(...) La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.(...)”

En este sentido, el artículo 31 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones determinará que 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, pero el pago por concentración de mercado se fundamenta sobre el número de abonados o clientes del servicio concesionado, autorizado o registrado que tengan los prestadores privados en este caso Telxius Cable Ecuador S.A posee mayor participación de mercado con 7 abonados del servicio cable submarino, aclarando de esta manera que no dependen de otros mercados o “subservicios” como la telefonía móvil o la prestación del uso de internet, por cuanto el pago por concentración de mercado es sobre el número de abonados del poseedor de título habilitante de Capacidad de Cable Submarino que posea.

Es así que a través del Informe de Concentración de Mercado para Promover la Competencia de los Servicios de Telecomunicaciones y Servicios de Radiodifusión por Suscripción III Trimestre 2019, Informe Técnico IT-CRDM-2019-0068 de 31 de octubre de 2019 emitido por la Dirección Técnica de Estudios, Análisis Estadísticos y de Mercado, se hizo el análisis de la información correspondiente al tercer trimestre del 2019 para los servicios del régimen general de telecomunicaciones y por prestador, cuya información hace referencia al número de abonados o clientes del servicio de Cable Submarino, en el numeral 5.9 Cable Submarino, del Informe Técnico IT-CRDM-2019-0068 se representa el servicio de Transporte Internacional modalidad cable submarino, y señala que tiene 11 abonados en el tercer trimestre, con un total de 3 prestadores con participación del mercado, teniendo TELXIUS CABLE ECUADOR S.A el mayor porcentaje correspondiente a 63.64%.

5.2.2. ARGUMENTO 2: “ARCOTEL no considera a los proveedores que ofrecen capacidad internacional desde las ciudades y se conectan a los cables submarinos a través de operadores portadores.

El cálculo de la cuota o participación de mercado se hace sobre la base del número de abonados y clientes, según la definición que de estos conceptos recoge la LOT en su art. 21, pero el aclara un aspecto que es fundamental: que se deben considerar todos los clientes o abonados independientemente de la forma de comercialización, es decir, que no importa la forma de comercialización, reventa, agencia o intermediación de los servicios, pues de lo contrario, al intermediar el servicio y no contar aquellos clientes que compran al intermediario, se establecería un claro camino para configurar un fraude a la ley.

Esta circunstancia no ha sido considerada por ARCOTEL, que estima que, si el servicio de capacidad de cable submarino no se vende directamente en el punto de llegada del cable, deja de ser competidor en el mismo mercado. Ningún análisis económico resistiría ese criterio. De hecho la norma del Reglamento para el pago por concentración de mercado es muy explícita (...)

No obstante lo claro de la norma, ARCOTEL no contabiliza los clientes de los competidores presentes en el mercado, bajo el argumento de que todas las ventas y conexiones a clientes se efectúan en puntos ubicados en varias ciudades o puntos del país y son enlazados hasta los cables mediante operadores de servicios portadores. Lo único que diferencia a estos proveedores de capacidad internacional de TELXIUS CABLE S.A. es que esta última conecta a sus clientes en el punto amarre en la costa (Punta Carneó), pero ese elemento no cambia la naturaleza del servicio. Como consecuencia de este razonamiento que viola el art. 6 del Reglamento para el pago por concentración de mercado, ARCOTEL considera que los otros cables conectados al territorio nacional tienen un solo cliente, esto es el proveedor de servicios portador intermediario al que se conectan los clientes.”.

Insistimos que el art. 3 del Reglamento para el pago por concentración de mercado ordena considerar en cálculo del mercado a los proveedores públicos y privados y expresamente señala que se debe considerar a los clientes "independientemente de su plan comercial o modalidad del servicio contratado, el tipo de contratación, esquema de pago, contratación mediante empaquetamiento u otras circunstancias derivadas de la contratación de servicios de telecomunicaciones, así como independientemente de que dicha contratación se haya realizado por medio de un revendedor de servicios, intermediario o cualquier otra forma de gestión comercial ...".

La lógica de esta norma es evitar que se excluyan clientes bajo el argumento de que son vendidos o comercializados por un tercero. ARCOTEL desconoce el propio Reglamento que expidió y saca del cálculo a los clientes de otros cables que son comercializados vía intermediación portadora o no hace ningún análisis o investigación. Tampoco es válido el argumento de que, cuando el servicio se vende a través del revendedor o intermediario, deja de ser, capacidad de cable submarino. Los oferentes de telecomunicaciones en cable submarino como TELXIUS venden transmisión internacional a empresas de telecomunicaciones. Poco importa si el servicio es comercializado en la costa, donde llega el cable submarino o en las ciudades a través de portadores. La demanda y la oferta son por los mismos productos: la transmisión internacional de gran capacidad para empresas de telecomunicaciones.

Tampoco es válido el argumento de que tales clientes si se contabilizan como servicios portadores para efectos del pago del art. 34 de la LOT, por varias razones. En primer lugar el mercado de portador no existe. Existen varios mercados que deben ser analizados independientemente. El portador nacional no compite con el portador internacional porque satisface necesidades distintas. El portador que ofrece altas capacidades internacionales compite directamente con el cable submarino, porque satisface la misma necesidad, esto es la capacidad internacional, generalmente para empresas de telecomunicaciones, es decir es un sustituto. Si una empresa de telecomunicaciones requiere 1GB de capacidad internacional lo puede comprar directamente en el cable submarino y llegar a él a través de un servicio portador o comprarlo en Quito a un operador portador internacional que le hará una conexión hasta un cable en el litoral ecuatoriano. Para ARCOTEL este último caso no es un competidor de TELXIUS porque simplemente la conexión es en Quito y no en el cable submarino directamente. Esto es un claro error porque los dos compiten por el mismo cliente y la norma exige que se considere cliente independientemente de los intermediarios. En segundo lugar, ARCOTEL podría sostener que ya se contabilizan tales clientes en el mercado portador para efectos del cálculo de dicho mercado. Esto es otro error, porque el mercado portador como lo define ARCOTEL tiene miles de clientes y una decena más o menos no incide en la participación de mercado. En cambio, en el mercado de capacidad internacional existen muy pocos clientes (empresas de telecomunicaciones que requiera gran capacidad), de tal manera que, si ARCOTEL registra sólo un cliente a los otros cables, en lugar de cinco o seis, la participación de los competidores aumenta enormemente y consecuentemente el porcentaje de pago. Algo que es claramente injusto e ilegal.”.

ANÁLISIS:

Para referirnos a los proveedores que ofrecen capacidad internacional que se conectan a los cables submarinos a través de operadores portadores que menciona la recurrente, es importante señalar que 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.

La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones de conformidad con el artículo 37 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones tiene la competencia para otorgar títulos habilitantes de servicios para los operadores de cable submarino.

En este sentido la ARCOTEL mediante Resolución No.392-21-CONATEL-2007 de 27 de julio de 2007, le otorgó el Permiso para la Provisión de Capacidad de Cable Submarino a favor de la empresa TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES ECUADOR S.A., suscrita el 29 de agosto de 2007, hoy denominado TELXIUS CABLE ECUADOR S.A por un periodo de 20 años a partir de sus suscripción el cual vence el 29 de agosto de 2027. De esta manera el recurrente se sometió a lo establecido en el artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y cumplir y respetar esta Ley, sus reglamentos, los planes técnicos, normas técnicas y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información así como lo dispuesto en los títulos habilitantes; de igual manera están obligados a pagar en los plazos establecidos sus obligaciones económicas tales como los valores de concesión, autorización, tarifas, tasas, contribuciones u otras que correspondan.

En este punto es importante señalar que el Directorio de la ARCOTEL mediante Resolución No. 10-09-ARCOTEL-2019 de 18 de abril de 2019, resolvió: **“Artículo 2.-Interpretar los denominados “REGLAMENTO PARA OTORGAR TÍTULOS HABILITANTES PARA SERVICIOS DEL RÉGIMEN GENERAL DE TELECOMUNICACIONES Y FRECUENCIAS DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO” Y “REGLAMENTO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y SERVICIOS DE RADIODIFUSIÓN POR SUSCRIPCIÓN”, y establecer que, con observancia del principio de aplicación de la norma jerárquica superior prevista en el artículo 425 de la Constitución de la República; que los servicios: Portador, Cable Submarino y Segmento Espacial, son independientes, han sido definidos en forma expresa como tales y les corresponde a cada uno de ellos, se les otorgue un título habilitante de registro con dicha denominación, según lo dispuesto en el número 1 del artículo 36, artículo 37 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y número 2, letra c) del artículo 13 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.”** (Lo subrayado me corresponde)

De manera que, el artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece el pago por concentración de mercado con la finalidad de promover la competencia de los prestados de los servicios de telecomunicaciones, en este caso la capacidad de cable submarino, en función del número de abonados o clientes del servicio concesionado, autorizado o registrado, y por el cual deben pagar al Estado un porcentaje de sus ingresos totales anuales conforme a la siguiente tabla:

DESDE	HASTA	PAGO
30%	34.99%	0,5%
35%	44.99%	1%
45%	54.99%	3%
55%	64.99%	5%
65%	74.99%	7%
75%	En adelante	9%

Ahora bien la recurrente alude que esta Entidad de control no ha considerado lo establecido en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que se refiere a la denominación de usuario, abonado o suscriptor y cliente, al efecto establece que:

“Usuario es toda persona natural o jurídica consumidora de servicios de telecomunicaciones. El usuario que haya suscrito un contrato de adhesión con el prestador de servicios de Telecomunicaciones, se denomina abonado o suscriptor y el usuario que haya negociado las cláusulas con el Prestador se denomina Cliente.”

El artículo 6 de “Reglamento para la Aplicación del Pago por Concentración de Mercado para Promover la Competencia”, prevé el cálculo de los abonados o suscriptores

“Art. 6.- Abonados, suscriptores o clientes para el cálculo de la participación de mercado.- Para la determinación del número de abonados o clientes y suscriptores de un mercado de prestación de un servicio de telecomunicaciones o por suscripción, se considerarán a los abonados, clientes o suscriptores de los prestadores de dicho servicio, que han sido reportados a la ARCOTEL, con desglose mensual. Son abonados, clientes o suscriptores, las personas naturales o jurídicas que hayan contratado previamente el servicio, independientemente de su plan comercial o modalidad del servicio contratado, el tipo de contratación, esquema de pago, contratación mediante empaquetamiento u otras circunstancias derivadas de la contratación de servicios de telecomunicaciones, así como independientemente de que dicha contratación se haya realizado por medio de un revendedor de servicios, intermediario o cualquier otra forma de gestión comercial, o la contratación sea vinculada con la prestación de servicios a través de terminales de telecomunicaciones de uso público. La Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL podrá establecer especificaciones, caracterizaciones o criterios para la determinación de abonados, suscriptores o clientes de servicios de telecomunicaciones en general o para un servicio específico, los cuales serán de obligatorio cumplimiento y aplicación por parte de los prestadores públicos y privados, independientemente del título habilitante con base en el cual brinden sus servicios; para validación de dicho cumplimiento, la ARCOTEL realizará la verificación correspondiente a través de la realización de auditorías técnicas o acciones de supervisión y control respectivas, conforme las obligaciones constantes en sus títulos habilitantes y normativa aplicable.”.

El Reglamento ibídem en el capítulo 11 sobre Mercados de Prestación de servicios de telecomunicaciones y por suscripción: “Artículo 4.- Mercados de prestación de servicios de telecomunicaciones y por suscripción.- **Para fines de aplicación del presente reglamento, se considera como mercado de prestación de un servicio de telecomunicaciones y por suscripción, al conjunto de prestadores de un mismo servicio, públicos y privados, independientemente del tipo de título habilitante con base en el cual se encuentren habilitados para brindar el mismo, e independientemente del área o circunscripción geográfica en la cual se encuentren brindado el servicio o la que tengan autorizada en su título habilitante (...).**” (negrita fuera del texto original)

En su artículo 7 establece: “Cálculo del porcentaje de participación de mercado.- **El porcentaje de participación de mercado se calculará en función del número de abonados, suscriptores clientes de los prestadores públicos y privados de servicios de telecomunicaciones y por suscripción, independientemente del tipo de título habilitante en el que se soporten, se realizará respecto de los periodos establecidos en el artículo 5 del presente reglamento; considerará para el efecto, la participación trimestral de abonados, suscriptores o clientes, con base en la información reportada mensualmente por todos los prestadores para el periodo en consideración (...).**” (negrita fuera del texto original)

En cuanto a las obligaciones contractuales establecidas en el Anexo 2 de su Título Habilitante de TELXIUS CABLE ECUADOR S.A establece: “artículo 4 Informes y Registros 4.1 Informes: El Prestador está obligado a entregar a la ARCOTEL, durante la vigencia de su título habilitante y de este Anexo, con la periodicidad que se indica a continuación, lo siguiente y en los formatos que se establezca para el efecto.

4.1.1 Información trimestral.- A presentarse, según corresponda hasta el 15 de julio, el 15 de octubre y el 15 de enero.

- a) Informe trimestral de los servicios prestados, del tráfico originado y terminado en territorio ecuatoriano.
- b) Reporte del número de abonados por trimestre, reporte de ampliación y uso de la capacidad de cable submarino”.

Por lo que la compañía TELXIUS CABLE ECUADOR S.A, tiene la obligación contractual de presentar trimestralmente el reporte de número de abonados por trimestre mediante oficio o a través del Sistema Automática de Adquisición de Datos (SAAD), así lo señala el Informe Técnico No. IT-CRDM-2020-0022 de 06 de marzo de 2020 emitido por la Dirección Técnica de Estudios, Análisis Estadístico y de Mercado, para lo cual debe hacerlo hasta el 15 de los meses de enero, abril, julio y octubre, cuya información es verificada e incluida en la carpeta compartida uio-pm-nas01.arcotel.gob.ec/DGP-

DGGST/REPORTES ART. 34\ para luego continuar con la elaboración de las estadísticas que son publicadas en la página web de la Institución.

Por consiguiente, para llegar a determinar cuál de los poseedores de Título habilitante de Cable Submarino concentra el mercado dentro de este servicio, la Dirección Técnica de Estudios, Análisis Estadístico y de Mercado a través del Informe Técnico IT-CRDM-2020-0022 de 06 de marzo de 2020 realizó un análisis sobre la metodología de cálculo para el pago por concentración de mercado para el servicio de Cable Submarino respecto del tercer trimestre del año 2019 y señaló lo siguiente:

“(...) la metodología de cálculo utilizada para el pago de la concentración de mercado corresponde estrictamente al cumplimiento de lo estipulado en el “Capítulo 11, Mercados de Prestación de Servicios de Telecomunicaciones y por Suscripción” del Reglamento para la Aplicación del Pago por Concentración de Mercado para Promover la Competencia.

Por lo tanto se tiene que, para determinar el mercado a ser analizado se cumple con el Artículo 4 del Reglamento Ibídem que establece lo que debe ser considerado como mercado para fines de aplicación del reglamento, estableciendo que “(...) Se considera como mercado de prestación de un servicio de telecomunicaciones y por suscripción, al conjunto de prestadores de un mismo servicio, públicos y privados (...)” Ergo, para caso del servicio cable submarino en particular se considera que su mercado comprende a todos los prestadores que otorgan el servicio mencionado.

Con el fin de determinar el periodo el cálculo de la participación de mercado se considera el Artículo 5 del Reglamento Ibídem que establece: “(...) La participación de mercado en función de los abonados, suscriptores, o clientes, en los mercados de prestación de servicios de telecomunicaciones y por suscripción, se realizará de manera trimestral para los siguientes periodos:

Trimestre I: periodo comprendido entre el 01 de enero y el 31 de mayo.

Trimestre II: periodo comprendido entre el 01 de abril y el 30 de junio,

Trimestre III: periodo comprendido entre el 01 de julio y el 30 de septiembre.

Trimestre IV: periodo comprendido entre el 01 de octubre y el 31 de diciembre.”

Por lo cual, se tiene que para el tercer trimestre de 2019 se analiza la participación de mercado del periodo comprendido por los meses de julio, agosto y septiembre del año señalado, con base en el número de abonados que poseen cada uno de los prestadores del servicio cable submarino.

Para obtener el número de abonados, suscriptores o clientes para el cálculo de la participación de mercado se cumple con el Artículo 6 del Reglamento Ibídem que señala que “(...) Para la determinación del número de abonados, suscriptores o clientes y suscriptores de un mercado de prestación de un servicio de telecomunicaciones o por suscripción, se consideran a los abonados, clientes o suscriptores de los prestadores de dicho servicio que han sido reportados a la ARCOTEL con desglose mensual (...)”.

Juntamente con ello, cabe señalar que conforme a las obligaciones contractuales de sus respectivos titulas habilitantes, los prestadores del servicio de cable submarino remiten por oficio o por el Sistema Automático de Adquisición de Datos (SAAD), la información de abonados mediante el reporte trimestral denominado CS-RT-001, mismo que es entregado hasta el día 15 de los meses de enero, abril, julio y octubre; y es receptado por la Dirección Técnica de Títulos Habilitantes de Servicios y Redes de Telecomunicaciones - CTDS, la cual verifica la presentación del reporte y lo incluye en la carpeta compartida \\uio-pmnas01.arcotel.gob.ec\DGP-DGGSTIREPORTES ART. 34\. Teniendo que a partir del día 16 de cada mes señalado, esta Unidad Técnica accede a los reportes colocados en la carpeta compartida mencionada para poder consolidar la base de datos y elaborar las estadísticas que se publican en la página web de la institución y que se utilizan para los informes, estudios y análisis pertinentes.

Analizando la información recibida del servicio cable submarino, presentada en la Tabla No. 1, para el tercer trimestre de 2019 se puede dilucidar que el mismo posee 11 abonados, con un total de 3 prestadores, siendo TELXIUS el prestador con mayor participación de mercado (63.64%). (...)."

Para la constatación a detalle del cálculo del porcentaje de participación de mercado para el servicio analizado se indica que se cumple con el Artículo 7 del Reglamento para la Aplicación del Pago por Concentración de Mercado para Promover la Competencia, que señala que el cálculo del porcentaje de participación de mercado se tiene que estimar mediante la siguiente fórmula:

$$PPM = \frac{NAP_1 + NAP_2 + NAP_3}{NTA_1 + NTA_2 + NTA_3} \times 100$$

Ilustrando que, sobre esta fórmula indicada, se sustituye las variables por los datos registrados en la Tabla No.1 correspondientes al tercer trimestre de 2019 para cada uno de los prestadores del servicio cable submarino obteniendo los siguientes resultados:

1. Para el prestador TELXIUS S.A. se tiene que:

$$PPM = \frac{7 + 7 + 7}{11 + 11 + 11} \times 100$$

$$PPM = 63,64\%$$

El porcentaje de participación de TELXIUS S.A. en la prestación del servicio es de 63,64%.

2. Para el prestador CNT E.P. se tiene que:

$$PPM = \frac{2 + 2 + 2}{11 + 11 + 11} \times 100$$

$$PPM = 18,18\%$$

La cuota de mercado para el prestador CNT E.P. es 18,18%.

3. Para el prestador CABLE ANDINO S.A. CORPANDINO se tiene que:

$$PPM = \frac{2 + 2 + 2}{11 + 11 + 11} \times 100$$

$$PPM = 18,18\%$$

El porcentaje de participación en el mercado para el prestador CABLE ANDINO S.A. CORPANDINO es 18,18%

6. CONCLUSIONES

a) La metodología aplicada para el cálculo del pago por concentración del mercado para el servicio cable submarino al 111 trimestre de 2019, corresponde al estricto cumplimiento y aplicación de lo estipulado en el Reglamento para la Aplicación del Pago por Concentración de Mercado para Promover la Competencia y al Artículo 34 de la LOT.

- b) Los análisis y resultados del presente informe elaborado por la ARCOTEL, son producto de la revisión de la información y datos proporcionados por los operadores económicos que poseen títulos habilitantes para la prestación del servicio cable submarino sobre la base de la regulación vigente, según lo determinado en el Artículo 6 del Reglamento de Aplicación para el Pago por Concentración de Mercado para Promover la Competencia.
- c) De acuerdo a la aplicación de la regulación vigente, el prestador que posee mayor porcentaje de participación de mercado en la prestación del servicio cable submarino al tercer trimestre de 2019 es TELXIUS S.A., concentrando el 63,64% del mercado.
- d) El presente informe ha sido elaborado con base en el Artículo 34 de la LOT y su Reglamento constante en la Resolución 006-05-ARCOTEL-2015 de 29 de julio de 2015 y en la Resolución No. 10-09-ARCOTEL-2019 de 18 de abril de 2019.”.

Como podemos observar, el prestador relevante y que concentra el mercado del servicio de cable submarino es la compañía TELXIUS CABLE ECUADOR S.A resultado obtenido de la información de los abonados o clientes registrados en el sistema SAAD durante el tercer trimestre del año 2019, y durante ese periodo se registró 7 abonados, correspondiendo aplicar lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que el cobro por concentración de mercado es en función del número de abonados o clientes del servicio concesionado de cable submarino.

5.2.3. ARGUMENTO 3 “ARCOTEL no considera en el mercado a los proveedores que ofertan capacidad internacional vía Colombia.-g

Otro problema en la determinación del mercado es que ARCOTEL no considera en el cálculo del mercado a los oferentes de capacidad internacional que ofrecen el servicio vía Colombia.

En este escenario existen dos casos. En primer lugar, existen operadores con concesiones de servicios portadores que ofertan capacidad internacional (gran capacidad) y no salen por los cables submarinos nacionales, sino que mediante enlaces que llegan a la frontera con Colombia, se conectan con portadores colombianos que a su vez se enlazan con cables submarinos conectados a las costas de Colombia.

De hecho, existen nodos de operadoras ecuatorianas en la ciudad del Tulcán a los que llegan, según se nos ha informado, fibras ópticas de operadores colombianos para facilitar la salida internacional vía Colombia. No sabemos si tales fibras están registradas o pertenecen a operadores habilitados o si operan con autorización legal.

En cualquier caso, son competidores directos de los operadores de cable submarino instalados en Ecuador y no han sido considerados por ARCOTEL en vista de que no ha hecho un análisis de mercado adecuado.

En segundo lugar existen ofertas en el mercado de operadores de capacidad internacional que no están presentes en el Ecuador o que no tienen permiso, registro o concesión en el Ecuador pero que tienen contratadas capacidades o son propietarios de cables conectados en territorio colombiano o incluso en territorio ecuatoriano. Las ventas en tales casos, requieren que el cliente llegue por sus propios medios o por los de un operador de servicios portadores autorizado, ya sea a Tulcán o a la frontera colombiana o a los cables conectados en territorio ecuatoriano. Al igual que en el caso anterior, ARCOTEL no ha considerado a tales competidores en el mercado.

En resumen, en la práctica, en la realidad del mercado, cuando un cliente que requiere alta capacidad internacional -al menos por encima de 2MG-, puede optar: i) por contratar el servicio con TELXIUS CABLE ECUADOR S.A. en forma directa, en cuyo caso deberá llegar al punto de amarre mediante un enlace provisto por un operador de servicios portadores o por sus propios medios; ii) contratar con un portador, que tenga también cable submarino, el servicio de portador internacional y salir por el cable de su proveedor portador; fu) Contratar el servicio con un operador de servicios portadores y salir vía Tulcán a cables colombianos; y, iv) Contratar con un operador internacional no presente en el Ecuador y conectarse a cables conectados en Colombia o incluso en Ecuador -según en donde dicho operador internacional tenga capacidad contratada llegando al punto que requiera vía un operador de servicios portador habilitado en Ecuador. Solo el primer caso ha sido considerado por ARCOTEL cuando hace el análisis del mercado de capacidad internacional, es decir, sólo contabiliza

los clientes de TELXIUS CABLE ECUADOR S.A. (en el caso del cable Panamericano y del PCCS sólo registra un cliente en cada uno de ellos, bajo el argumento equivocado de que los demás clientes contratan servicios portador internacional y no capacidad internacional). ARCOTEL no ha hecho un análisis de sustituibilidad, análisis elemental cuando se definen los mercados. Esta omisión afecta gravemente a TELXIUS CABLE ECUADOR S.A. porque le obliga a pagar por una participación que no es consistente con la realidad de mercado.”

ANÁLISIS:

Respecto de la aseveración de que esta Agencia no ha tomado en consideración para hacer el cálculo para el pago por concentración de mercado a los oferentes de capacidad internacional que ofrecen el servicio vía Colombia, es preciso señalar que la razón se encuentra establecida en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones porque para promover la competencia del mercado de servicios de telecomunicaciones, en el preciso caso de los prestadores cable submarino que concentran el mercado. El cálculo se hace en función del número de abonados o clientes del servicio concesionado autorizado o registrado en el sistema SAAD o a través de la entrega de un oficio en ésta Institución, para el efecto después del análisis de la información entregada en ésta entidad y en el caso de detectar la mayor concentración del mercado de un prestador de cable submarino deberá, pagarán al Estado un porcentaje de sus ingresos totales anuales conforme a la tabla que consta en el artículo 34 de la LOT.

Por tanto, el cálculo no se hace en función de operadores con concesiones de servicios portadores que ofertan capacidad internacional y que mediante enlaces que lleguen a la frontera con Colombia, y que de ahí se enlazan con cables submarinos conectados a las costas colombianas.

De igual manera no se considera para el cálculo sobre aquellos clientes ofertan en el mercado de operadores de capacidad internacional que no están en Ecuador o que no tienen permiso de concesión en el Ecuador pero contratan capacidad o son propietarios de cables conectados en territorio colombiano o ecuatoriano. Es decir, el cálculo no se extiende a otros servicios de telecomunicaciones que se puedan derivar de la capacidad de cable submarino, y sin duda no se considera el cálculo para aquellos que no posean un título habilitante y que conecten a los cables submarinos que se encuentren en el mar ecuatoriano.

En resumen, ésta entidad de control aplica lo dispuesto en la normativa específicamente lo establecido en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y son producto de la revisión de la información y datos proporcionados por los poseedores de título habilitante de cable submarino que demuestran el porcentaje de concentración de mercado.

5.2.4. ARGUMENTO 4:

“Falta de motivación. -

A más de los argumento señalados, es preciso dejar sentado que el acto impugnado no está motivado, pues carece de todo análisis sobre el mercado. Es sorprendente que un órgano de regulación, que se supone experto en aspectos técnicos y económicos se limite a considerar el número de clientes reportados por cada operador, sin analizar el número real de clientes, independientemente de la modalidad de contratación, como lo ordena el Reglamento para el pago por concentración de mercado.

No hay análisis de hechos, no hay mención de las normas, se deja de lado el Reglamento para el pago por concentración de mercado, no hay explicación de pertinencia entre hechos y normas, por lo que el acto impugnado contraviene lo dispuesto en el art. 76, numeral 7, letra 1) de la Constitución de la República en concordancia con el art. 100 del Código Orgánico Administrativo (...).”

ANÁLISIS

Sobre el acto administrativo el artículo 98 del Código Orgánico Administrativo señala:

“Art. 98.- Acto administrativo. Acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo.”

Los requisitos de validez del acto administrativo están determinados en el artículo 99 ibídem, que son:

1. Competencia
2. Objeto
3. Voluntad
4. Procedimiento
5. Motivación

En este punto es preciso referirnos al principio constitucional de la motivación, y la Tercera Sala del Ex Tribunal Constitucional en Resolución 055-99-RA-III.S. Número 55. Caso 14, de 13 de abril de 1999, señaló: **“OCTAVO.-... la doctrina jurídica, estima que el acto administrativo debe ser motivado, y por tanto ha de contener los fundamentos de hecho y de derecho, que de una manera verdadera y real conduzcan a conocer el porqué del acto”.**

De igual manera el Código Orgánico Administrativo en su artículo 100 prevé la motivación del acto administrativo:

“Art. 100.- Motivación del acto administrativo. En la motivación del acto administrativo se observará:

1. El señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance.
2. La calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo.
3. La explicación de la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos determinados.

Se puede hacer remisión a otros documentos, siempre que la referencia se incorpore al texto del acto administrativo y conste en el expediente al que haya tenido acceso la persona interesada.
Si la decisión que contiene el acto administrativo no se deriva del procedimiento o no se desprende lógicamente de los fundamentos expuestos, se entenderá que no ha sido motivado.”

El oficio impugnado No. ARCOTEL-CTDG-2019-0082-OF de 31 de octubre de 2019, emitido por la Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes, se encuentra debidamente motivado, existe el hecho fáctico constituido en la concentración del mercado de Servicio de Cable Submarino por ser prestador de este servicio a siete abonados; y, la normativa jurídica prevista en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones por contener la exposición considerativa se encuentra expresada en los antecedentes y la conclusión a la que se llega.

A esta obligación derivada de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones se suma lo establecido en el Título Habilitante de la compañía TELXIUS CABLE ECUADOR S.A., en virtud de esto, el oficio No. ARCOTEL-CTDG-2019-0082-OF de 31 de octubre de 2019 pone en conocimiento la obligación de pago respecto de los ingresos totales por el Servicio de Transporte Internacional modalidad Cable Submarino por el tercer trimestre del año 2019, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y a la siguiente tabla:

TRIMESTRE	PERIODO	PARTICIPACIÓN PORCENTUAL DE MERCADO (%)	PAGO RESPECTO A LOS INGRESOS
III Trimestre 2019	01 de julio al 30 de septiembre de 2019	63,64%	5%

5.2.5. ARGUMENTO 5:

“Lo actos sin motivación y que además contravienen la Constitución son nulos de pleno derecho, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 94 y 129 del ERJAFE en concordancia con el art. 105, numeral 1 del Código Orgánico Administrativo (...).”

ANÁLISIS:

Al respecto, el numeral 1 del artículo 105 del Código Orgánico Administrativo establece:

“Art. 105.- Causales de nulidad del acto administrativo. Es nulo el acto administrativo que:
1. Sea contrario a la Constitución y a la ley. (...).”

En el presente caso, el acto impugnado contenido en el Oficio No. ARCOTEL-CTDG-2019-0082-OF no es contrario a la Constitución y a la Ley, considerando lo dispuesto en el artículo 313 de la Carta Magna que dispone:

“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.” (Lo subrayado me corresponde)

La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones es la entidad de derecho público, encargada de la administración, regulación y control de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico así como de su gestión, por lo que dentro de sus competencias establecidas en el numeral 15 y 24 del artículo 144 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones está la de establecer recaudar los derechos económicos por la prestación de servicios de telecomunicaciones y demás valores establecidos en esta Ley, así como, evaluar y regular el comportamiento del mercado de telecomunicaciones, y determinar la existencia de prestadores que, individual o conjuntamente, ejerzan poder de mercado.

El artículo 34 ibídem dispone el pago por concentración de mercado para promover la competencia, por tanto existe la norma constitucional y legal que justifica la emisión del Oficio No. ARCOTEL-CTDG-2019-0082-OF para el cobro a la compañía TELXIUS CABLE ECUADOR S.A. y, reúne los presupuestos jurídicos fijados por la Constitución de la República, el Código Orgánico Administrativo, no habiendo incumplimiento o inobservancia de las disposiciones constitucionales y legales, por tanto no se configura la causal de nulidad del numeral 1 establecida en el artículo 105 del Código Orgánico Administrativo.

El referido informe jurídico elaborado por la Dirección de Impugnaciones de ARCOTEL, signado con el número ARCOTEL-CJDI-2020-0041, en su parte final establece las conclusiones y recomendaciones, mismas que son acogidas y su tenor literal se transcribe:

“(…) VI. CONCLUSIONES

1. El Oficio No. ARCOTEL-CTDG-2019-0082-OF reúne los presupuestos jurídicos fijados por la Constitución de la República, el Código Orgánico Administrativo y la doctrina, no habiendo incumplimiento o inobservancia de las disposiciones constitucionales y legales, por tanto no se configura ninguna causal de nulidad en los términos establecidos en el artículo 105 del Código Orgánico Administrativo.
2. El cálculo para el pago por concentración de mercado se lo realiza en función de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y el artículo 6 del Reglamento de Aplicación para el Pago por Concentración de Mercado para Promover la Competencia.

3. De la información remitida por los prestadores del servicio de cable submarino para el tercer trimestre del año 2019 hay un total de 11 abonados de los 3 prestadores del servicio; y, siete de los abonados le pertenecen a la compañía Telxius Cable Ecuador S.A los abonados, siendo la mayoría.
4. La compañía Telxius Cable Ecuador S.A, prestador privado de servicio de cable submarino concentra el mercado en función de los abonados registrados en ARCOTEL, cuyo porcentaje corresponde al 63.65% del mercado, es decir le corresponde el pago de 5% de sus ingresos totales anuales.

Por las consideraciones expuestas, la suscrita Directora de Impugnaciones, en ejercicio de sus atribuciones legales y estatutarias, recomienda al Coordinador General Jurídico de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL, NEGAR el recurso de apelación presentado por la compañía Telxius Cable Ecuador S.A, en contra del Oficio No. ARCOTEL-CTDG-2019-0082-OF.”.

VI. RESOLUCIÓN

Por las consideraciones expuestas, al amparo de lo previsto en el artículo 10, numerales 1.3.1.2 acápite II y III numeral 2) del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, así como la Resolución No. ARCOTEL-2019-0727 de 10 de septiembre de 2019, artículo 30 letras b) y c); el suscrito Coordinador General Jurídico en calidad de delegado del Director Ejecutivo de la AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES, ARCOTEL,

RESUELVE:

Artículo 1.- AVOCAR conocimiento y acoger el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2020-00041 de fecha 27 de julio de 2020.

Artículo 2.- NEGAR el Recurso de Apelación interpuesto por la compañía TELXIUS CABLE ECUADOR S.A, mediante trámite ingresado a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con No. ARCOTEL-DEDA-2019-018203-E de 12 de noviembre de 2019, en contra del oficio No. ARCOTEL-CTDG-2019-0082-OF de 31 de octubre de 2019.

Artículo 3.- RATIFICAR lo dispuesto en el oficio No. ARCOTEL-CTDG-2019-0082-OF de 31 de octubre de 2019.

Artículo 4.- DISPONER el archivo del trámite No. ARCOTEL-DEDA-2019-018203-E de 12 de noviembre de 2019, en contra del oficio No. ARCOTEL-CTDG-2019-0082-OF de 31 de octubre de 2019, que contiene el Recurso de Apelación.

Artículo 5.- INFORMAR a la compañía TELXIUS CABLE ECUADOR S.A, que conforme a lo dispuesto en el artículo 219 del Código Orgánico Administrativo, tiene derecho a impugnar la presente Resolución ante el Órgano competente.

Artículo 6.- DISPONER que la Unidad de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, proceda a notificar el contenido de la presente Resolución a la señora Verónica Alexandra Pazmiño Páliz en calidad de Gerente General y Representante Legal de la compañía TELXIUS CABLE ECUADOR S.A, en los correos electrónicos: mariafermenda.silvamendoza@telxius.com ; veronika.pazmino@telxius.com ; jpalaciosi@cardinalabogados.com, direcciones electrónicas señaladas en su escrito de impugnación, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 164 del Código Orgánico Administrativo.; a la Coordinación General Administrativa Financiera; a la Coordinación General Jurídica; a la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes; a la Dirección Técnica de Títulos Habilitantes del

Espectro Radioeléctrico; y, a la Unidad Técnica de Registro Público de la ARCOTEL, para los fines consiguientes.-

Dada y firmada en el Distrito Metropolitano de Quito, a 27 de julio de 2020.

Abg. Fernando Torres Núñez
COORDINADOR GENERAL JURÍDICO
POR DELEGACIÓN DEL DIRECTOR EJECUTIVO
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES
ARCOTEL

ELABORADO POR:	REVISADO POR:
Ab. Mayra P. Cabrera B. SERVIDORA PÚBLICA	Dra. Adriana Ocampo Carbo DIRECTORA DE IMPUGNACIONES

