

Quito, 29 de octubre de 2020

**VPR-23730-2020**

Señor Don  
Andres Michelena  
**MINISTRO DE TELECOMUNICACIONES Y DE LA  
SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN**  
Presente

Señor Don  
Xavier Aguirre  
**Director Ejecutivo ARCOTEL**  
Presente

De mi consideración:

Atendiendo la consulta pública formulada por ARCOTEL, con respecto al proyecto de NORMA DE INTERPRETACIÓN A CARGO DEL DIRECTORIO (NID), me permito poner en su consideración los siguientes aspectos, que, dada su importancia y la preocupación que nos genera, también alzamos a conocimiento del Señor Ministro de Telecomunicaciones, en su calidad de Presidente del Directorio de ARCOTEL. Al respecto, manifestamos:

- 1) La precisión normativa tiene una importancia capital, no solo para los reguladores sino también para los jueces o tribunales arbitrales, por cuanto serán ellos los encargados de revisar la actuación con respecto a los administrados, que usualmente reclaman actos lesivos.
- 2) Frente a una norma más o menos precisa, deberá sopesar, según las circunstancias del caso, la transparencia, la accesibilidad y la congruencia de las normas regulatorias o el equilibrio contractual pactado, que no puede ser manipulado bajo pretexto de interpretación.
- 3) La NID no puede modificar, la forma de resolver las controversias contractuales, ni instaurar mecanismos que puedan causar abuso de una parte contra la otra o pretender modificar unilateralmente los contratos debidamente pactados y de buena fe.
- 4) Las NID, en caso de ser procedente (no vemos facultad legal para ello), debe promover la seguridad jurídica y establecer métodos cooperativos que aseguren el cumplimiento más eficiente para que la industria se desarrolle, dejando por fuera necesidades fiscales que condujeron a arbitrajes y el deterioro de la confianza en la ejecución regulatoria. De conformidad con la UIT, estamos en la 5ta generación regulatoria, también conocida como cooperativa y, ya no es congruente mantener la primera generación regulatoria, de maestro – esclavo.

- 5) La NID debe ser legalista y formal, que garantice la independencia, ya que, surgida una controversia, no corresponde que sea la parte controvertida la que realice los informes interpretativos. La regulación moderna requiere ser cercana, consensual e independiente y no admite la imposición excesiva de una parte sobre la otra.
- 6) La regulación debe ser la mínima necesaria y toda nueva regulación debe señalar los objetivos que se persigue, siendo todos ellos convergentes para desarrollar los mercados otorgando predictibilidad. La tendencia es la simplificación y flexibilidad regulatoria, eliminando normas ineficaces e innecesarias y, evitando proponer normas desajustadas que contienen irritantes a la confianza legítima que persigue un inversionista. Los objetivos primarios de la regulación son promover la inversión, la innovación y la competencia y, si una propuesta normativa contraría cualquiera de ellos, se infringe un daño contra la sociedad.

Ante ello, a continuación, señalamos que la NID propuesta no es una aceptable ejecución regulatoria acorde con los conceptos y visión regulatoria enunciada brevemente lo que profundizamos con mayor detalle:

## **I. NO EXISTE FACULTAD LEGAL PARA INTERPRETAR NORMAS POR PARTE DEL DIRECTORIO**

La interpretación normativa es una facultad que la ley atribuye:

- (i) Al legislador cuando se trata de emitir disposiciones generalmente obligatorias que tienen el propósito de subsanar disposiciones oscuras, contradictorias o insuficientes; en tal caso, la norma interpretativa **retrotrae sus efectos a la fecha de la ley interpretada** y tiene efecto generalmente obligatorio;
- (ii) Al juez o tribunales arbitrales, en el caso concreto que debe resolver; en realidad toda sentencia, de algún modo, interpreta la norma, pero sus efectos se contraen al caso discutido, a menos que ese tema sea posteriormente resuelto en el mismo sentido y al menos por tres ocasiones, en recursos de casación, por la Corte Nacional de Justicia, pues entonces el criterio interpretativo constituye precedente jurisprudencial vinculante.

No existe en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOT) la facultad para que el Directorio de la ARCOTEL emita normas interpretativas:

- (i) Un Estado de derecho, se rige por el principio de legalidad, según el cual, los poderes públicos sólo pueden actuar en el marco de las competencias (poder de acción) que la Constitución o la Ley les otorguen y dentro de los límites establecidos por dichas normas. Este principio de general aceptación está recogido en la Constitución de la República en el Art. 226<sup>1</sup>.
- (ii) La Ley Orgánica de Telecomunicaciones (R.O. No. 439 de 18 de febrero de 2015) no otorgó competencia al Directorio de la ARCOTEL **para emitir normas interpretativas de carácter obligatorio y general**, lo cual se verifica en el Art. 146<sup>2</sup> de la misma.

---

<sup>1</sup> “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”.

<sup>2</sup> “Art. 146.-Atribuciones del Directorio.

Corresponde al Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones:

- (iii) La única norma existente en la LOT consta en el Art. 38 que establece que el Directorio tiene una facultad de interpretación acotada a la “*terminación anticipada de los títulos habilitantes*”.
- (iv) No habiendo norma de rango legal que el otorgue facultades interpretativas al Directorio de la ARCOTEL, éste no tiene competencia para emitir normas de carácter general y obligatorio, con contenido interpretativo, respecto de la inteligencia<sup>3</sup> o aplicación de las normas reglamentarias.
- (v) Ejercer competencias no previstas en la ley, es una actuación arbitraria, prohibida por el Art. 18 del Código Orgánico Administrativo que establece que “*Los organismos que conforman el sector público, deberán emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad y no podrán realizar interpretaciones arbitrarias*”.
- (vi) La tesis correcta conforme a la Constitución es que las disposiciones interpretativas, ejercidas por quién corresponda, no son retroactivas ni afectan los contenidos de los títulos habilitantes, respecto a su equilibrio económico pactado. En caso contrario, se daría paso a una situación de discrecionalidad y de inseguridad jurídica.

La entidad competente para pronunciarse sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico es la Procuraduría General del Estado (PGDE), con carácter vinculante para las entidades del sector público:

- (i) La Constitución de la República, en su Art. 237<sup>4</sup>, señala que la PGDE tiene competencia para pronunciarse sobre la inteligencia o aplicación de las normas

- 
1. Aprobar las normas generales para el otorgamiento y extinción de los títulos habilitantes contemplados en esta Ley.
  2. Aprobar, modificar y actualizar el Plan Nacional de Frecuencias.
  3. Aprobar la valoración económica para la asignación y uso, aprovechamiento y/o explotación del espectro radioeléctrico, tarifas y derechos por otorgamiento y renovación de títulos habilitantes.
  4. Limitar, en cualquier momento, el número de concesiones a otorgarse para el uso, aprovechamiento y/o explotación del espectro radioeléctrico para telecomunicaciones, con el objeto de garantizar el uso racional o eficiente del espectro radioeléctrico, por razones económicas o para alcanzar un objetivo de interés público, en cuyo caso la asignación de frecuencias del espectro radioeléctrico deberá realizarse mediante procedimiento público competitivo.
  5. Aprobar la proforma presupuestaria e informe anual de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.
  6. Aprobar el Plan Estratégico y el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por procesos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.
  7. Aprobar los reglamentos previstos en esta Ley o los necesarios para su cumplimiento y los reglamentos internos para el funcionamiento de la Agencia.
  8. Designar a la Directora o Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones de una terna que presente el Presidente del Directorio, y removerlo de ser necesario.
  9. Aprobar 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; y,
  10. Las demás que consten en la presente Ley y en el ordenamiento jurídico vigente”.

<sup>3</sup> Diccionario de la lengua española, “Inteligencia (...) 4. f. Sentido en que se puede tomar una proposición, un dicho o una expresión.”

<sup>4</sup> “Art. 237.-Corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley:

1. La representación judicial del Estado.
2. El patrocinio del Estado y de sus instituciones.
3. El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.
4. Controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público”.

constitucionales, legales o de otro orden jurídico, entre los que están los reglamentos expedidos por la ARCOTEL, incluso y específicamente los emitidos por su Directorio. Es decir, pueden existir otras entidades u organismos con competencia para emitir pronunciamientos sobre la inteligencia de normas, siempre que la Constitución o la ley les otorgue dicha facultad.

- (ii) Es evidente que la competencia de emitir normas generales de contenido interpretativo, es decir, sobre el “[s]entido en que se puede tomar una proposición, un dicho o una expresión” de los reglamentos dictados por el Directorio de la ARCOTEL es la Procuraduría General del Estado, para el sector público.

### **1.1. LA TAXATIVA INTERPRETACION PREVISTA PARA EL DIRECTORIO EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES**

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOT), Art. 6. inciso final señala:

*“Los términos técnicos empleados en esta Ley no definidos, tendrán el significado adoptado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), por los convenios y tratados internacionales ratificados por Ecuador, o en su defecto, a lo establecido en el Reglamento General a la presente Ley y en las regulaciones respectivas”.* (Resaltado nos pertenece)

La parte final del artículo 38 de la LOT establece lo siguiente:

*“La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, a través de su Directorio, se reserva las potestades de interpretación, aclaración y terminación anticipada de los títulos habilitantes, para lo cual deberá motivar sus actuaciones.”* (Resaltado nos pertenece)

El Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en el artículo 7, entre las atribuciones del Directorio, incluye:

*“1. Expedir, modificar, reformar, interpretar y aclarar los reglamentos del régimen general de telecomunicaciones, tales como: tarifas; otorgamiento de títulos habilitantes del régimen general de telecomunicaciones que incluirá el procedimiento de intervención y terminación de los mismos.” y “2. Emitir las normas de interpretación, aclaración y extinción de los títulos habilitantes.”.* (Resaltado nos pertenece)

De las normas transcritas se verifica que:

- a) Los términos técnicos que se encuentren definidos en la LEY, UIT, Tratados Internacionales, etc., no son susceptibles de interpretación alguna y tienen el significado en ellos establecidos y no sujetos a interpretación del Directorio.
- b) La reserva de interpretación que confiere la (LOT) al Directorio es exclusivamente sobre la terminación anticipada de los títulos habitantes, por lo que el RGLOT señala que, se debe “emitir las normas de interpretación” que quedan acotadas a ello y la NID solo puede tener ese alcance.
- c) No existe facultad para que el Directorio interprete normas mediante una NID ya que ello es inconstitucional. El Art. 226 de la Constitución antes citado, establece, claramente, que las competencias nacen de la Constitución y de ley y no de normas inferiores, como un

reglamento. El Art. 132<sup>5</sup> de la Constitución de la República, establece las materias en las que existe reserva legal, entre las cuales está, en el numeral 6, el otorgamiento de competencias normativas a los organismos de control y regulación, pero no interpretativas. Es decir, que sólo mediante ley, no por NID u otra norma de rango inferior se pueden conferir facultades normativas. En la NID se propone emitir resoluciones de carácter general y obligatorio, *erga omnes*, con contenido interpretativo (norma general). Tal propuesta, solo puede nacer inequívocamente de una ley y bajo ningún concepto de un reglamento, por mandato de la Constitución. Es decir, la NID es inconstitucional, carece de eficacia jurídica por mandato del Art. 424 de la Constitución de la República<sup>6</sup>.

## 1.2 SE CONFUNDE REGLAMENTAR CON INTERPRETAR

- a) **La reglamentación** tiene por objeto desarrollar los preceptos de una norma general, es un camino de concreción para la aplicación de la norma, que no puede alterarla, ni modificarla. Puede originarse en la necesidad de concretar temas, derivados de la generalidad de las normas y de la imposibilidad de que en ellas se agoten todos los detalles. Esto ocurre con frecuencia en asuntos de carácter técnico, que exigen precisiones.

La limitación general al ejercicio de la potestad reglamentaria consta en el Art. 147, N° 13 de la Constitución<sup>7</sup> que, si bien alude a la facultad presidencial, sin embargo, debe considerarse como referente fundamental para toda actividad de reglamentación. La potestad reglamentaria es subalterna y se subordina a la norma. **En su ejercicio, no puede innovar, ni modificar, ni cambiar el ámbito ni el sentido de la disposiciones que reglamenta.**

- b) **La interpretación**, al contrario, no parte del supuesto de la necesidad de desarrollar las normas generales, ni detallarlas para “aterrizar” su aplicación, como ocurre en el caso de la reglamentación. La interpretación parte de la premisa de una duda por la insuficiente literalidad de las disposiciones, contradicción entre ellas, falta de correspondencia, esto es, de la falta de certeza en la aplicación de la disposición y es conferida a los jueces, tribunales arbitrales y a la PGDE. La lectura de las disposiciones del Art. 18 del Código Civil aclaran los conceptos<sup>8</sup> de interpretación.

---

<sup>5</sup> “Art. 132.-La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales”.

<sup>6</sup> Art. 424.-La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

<sup>7</sup> **Art. 147, N°13. Facultades del presidente de la República:** “Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración”.

<sup>8</sup> “1a. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. // Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento; // 2a. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal; // 3a. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso; // 4a. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto; // 5a. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes; // 6a. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural; y, // 7a. A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal.”.

Destaco que, si la norma o la estipulación es clara, no es necesario interpretarla, pero resulta que ARCOTEL interpreta normas claras contrario a lo que en ellas se establece. El presupuesto lógico del que parte la institución de la interpretación es la duda, obscuridad o confusión. Las definiciones técnicas o jurídicas que quieran introducirse no son materia de interpretación, son materia de la legislación o del ejercicio de la actividad reglamentaria, siempre que no se modifique la norma reglamentada.

La ARCOTEL en varias ocasiones, asumiendo un rol de interpretación, lo que hizo fue contradecir la norma, es decir interpretar al revés de lo que expresamente consta en ella. Por ejemplo, en el Art. 3 (2) del RGLOT se encuentra la definición de “*Ingresos totales facturados y percibidos*” y se señala que corresponde a “*la facturación total por concepto de ingresos generados por los servicios del régimen general de telecomunicaciones*”. ARCOTEL, no tiene facultad legal, ni tampoco su directorio para interpretar el RGLOT, sin embargo, interpretó de la siguiente manera:

- a) Que los ingresos por la venta de aparatos telefónicos corresponden a ingresos por la prestación del servicio de telecomunicaciones del SMA concesionado.
- b) Que los descuentos comerciales que OTECEL otorga a sus clientes corresponden a ingresos facturados y percibidos.

Es por ello, que la Constitución y la Ley no otorgan facultades interpretativas, ya que se promovería una fuente de inseguridad jurídica cuando esta tarea le corresponde a los jueces o tribunales arbitrales, que de manera independiente escuchan a ambas partes y con el apoyo de peritos de ser necesario, resuelven el sentido de la norma. Es decir, el ejercicio de la actividad interpretativa del órgano administrativo no puede invadir o menoscabar las facultades de los jueces o árbitros para interpretar, y aplicar o resolver una determinada forma de entender las disposiciones, cuando el tema ha derivado en controversia sometida a la competencia de tal juez o tribunal. Tampoco puede menoscabar los derechos del administrado cuando se haya previsto invocar una controversia y, que bajo interpretación se elimine dicha posibilidad.

Nos referimos también a que la NID considera la interpretación de los contratos, pero sin sujetarse a lo que en ello se encuentra pactado. Cuando las dudas provienen de la aplicación concreta de una cláusula contractual, se plantea una controversia derivada de la confrontación de conceptos, en cuyo caso, el competente debe ser el tribunal arbitral y no es un tema de interpretación, sino de mala aplicación de una de las partes. Este tema es evidente cuando la semántica del castellano se entiende de manera diferente, por ejemplo, en la aplicación de las clausula 18.2 y Anexo Uno del Contrato de Concesión. Fueron 6 arbitrajes, todos con laudos favorables a OTECEL por las indebida lectura del contenido de las cláusulas contractuales, donde no había obscuridad alguna para imponer una interpretación de una de las partes sobre la otra. Es decir, vía interpretación se pretendió modificar unilateralmente el Contrato. En todo caso, la interpretación contractual, si bien recae sobre el Directorio contiene límites, cuya referencia es la Legislación Aplicable, y que ahora también se pretende interpretar ésta sin facultad legal.

***“Cláusula 4.- Definición de términos***

*4.1 Para todos los efectos de este Contrato se aplicarán las definiciones constantes en el Anexo 1.*

*4.2 Los términos que no estén definidos en el Anexo 1 y sin embargo aparecen en el Contrato o en sus Anexos, se remitirán a las definiciones establecidas en la Legislación Aplicable.*

*4.3 En caso de persistir la duda sobre la definición de un término le corresponde al*

*CONATEL interpretarlo y tal interpretación será obligatoria. La Sociedad Concesionaria tendrá derecho a impugnar la interpretación efectuada por el CONATEL, de conformidad con la Cláusula 68, Solución de Controversias”.*

### **1.3 LA PRIMACIA DE LA SEGURIDAD JURIDICA**

Ni la reglamentación ni las interpretaciones pueden contradecir el principio y garantía de la seguridad jurídica, contenido en el artículo 82<sup>9</sup> de la Constitución. Como se desprende de este artículo, la seguridad jurídica alude a la existencia de normas jurídicas previas y claras. Es decir, ninguna norma puede tener efecto retroactivo.

El principio del respeto a la ley limita el ejercicio de potestades interpretativas y reglamentarias discrecionales. Es lo que se conoce como la intangibilidad de la legalidad.

El principio de retroactividad de las normas interpretativas está reservado a la “interpretación auténtica”, esto es, la que realiza el legislador respecto de las normas emitidas por la Asamblea. Es un tema jurídico excepcional, y reservado al Legislativo y no alcanza ni existe otro interprete administrativo como sería el caso del Directorio de la ARCOTEL. El Directorio no tiene competencia para emitir actos generales de contenido interpretativo, tampoco tiene competencia para emitir unas normas para el ejercicio de una competencia que caramente no le otorga la ley.

Claramente se violan los criterios de certeza y previsibilidad y el principio de legalidad respecto de las competencias de las Instituciones del sector de telecomunicaciones. La Corte Constitucional<sup>10</sup>, sobre el derecho a la seguridad jurídica ha señalado:

*“En lo que se refiere al derecho a la seguridad jurídica, la Corte Constitucional ha señalado que consiste en la expectativa razonable de las personas respecto a las consecuencias de los actos propios y de ajenos en relación a la aplicación del Derecho. Para tener certeza respecto a una aplicación de la normativa acorde a la Constitución, las normas que formen parte del ordenamiento jurídico deben estar determinadas previamente, teniendo que ser claras y públicas, solo de esta manera se logra crear certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos para el respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional”.*

En este caso, al pretender expedir normas para el ejercicio de una competencia de la que carece, lo que se afecta es precisamente la certeza, la determinación previa de las normas y su claridad.

## **II. OBSERVACIONES DEL ARTICULADO**

Las observaciones que realizamos reiterando que no existe facultad legal para la emisión de la NID.

**2.1 “Artículo 1.- Objeto.- Esta regulación tiene por objeto la emisión de reglas de interpretación de las regulaciones emitidas por el Directorio de la ARCOTEL y del contenido de los títulos habilitantes otorgados mediante habilitación general, para la prestación de los servicios de telefonía fija, servicio móvil avanzado y servicio móvil avanzado a través de operador móvil virtual.”**

---

<sup>9</sup> “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”.

<sup>10</sup> SENTENCIA N.0 045-15-SEP-CC, CASO N.0 1055-11-EP de 25 de febrero del 2015.

Lo que se propone en este Art. 1 es una interpretación mediante un acto administrativo, que solo se puede impugnar ante los jueces de lo contencioso administrativo. Asunto que avala las tesis que la ARCOTEL de que no se puede someter las diferencias contractuales a lo previsto en la cláusula 68. Es decir, nuevamente ARCOTEL pretende vaciar de contenido al contrato, lo que fue rechazado por todos los Tribunales Arbitrales, y es contrario a la cláusula 4 que señala que OTECEL, en caso de no estar de acuerdo con la interpretación que realice el Directorio de la ARCOTEL puede acudir a la vía arbitral.

**2.2 “Artículo 2.- Ámbito.** - *En los aspectos vinculados con la interpretación de las regulaciones emitidas por el Directorio de la ARCOTEL, la presente Norma es aplicable a las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, poseedoras o no de títulos habilitantes del régimen general de telecomunicaciones, dentro del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo”.*

En consecuencia, las interpretaciones de la ARCOTEL serán generalmente obligatorias para quienes tengan títulos habilitantes y para quienes no los tengan. Es decir, se trata de facultades normativas, aunque se lo haga por medio de interpretación y cuyo efecto es vinculantes incluso para un tercero que no tenga la calidad de consultante.

**Respecto a reclamos administrativos, litigios, arbitrajes y controversias.** - El artículo 2, inciso final, literales e) y f) del proyecto, establece que no pueden ser materia de interpretación, los reclamos administrativos y los litigios, arbitrajes o controversias. Debe entenderse que esta limitación se aplicaría al caso de que se encuentren en curso los reclamos administrativos y los litigios, arbitrajes y controversias, tema sometido a la competencia de los jueces o árbitros, que hubieren avocado conocimiento, lo que es razonable.

Sin embargo, según se desprende del NID los asuntos materia de interpretación, que se resuelvan **antes de que se trabe un litigio**, y cuyas resoluciones interpretativas producen efectos vinculantes definitivos, **ya no podrían ser materia de arbitraje, aunque afecten al vínculo jurídico entre las partes**. El mismo proyecto establece respecto de tales resoluciones interpretativas, que no hay recurso administrativo alguno y que su impugnación debe hacerse únicamente por la vía contenciosa. Esto es contrario a los establecido en la Cláusula 68 del Contrato de Concesión y es una nueva propuesta para vaciar de contenido al Contrato.

**2.3 El Art. 9 (1)** *“En caso de conflicto, contradicción o divergencia entre contenido del título habilitante y la normativa, entre la cual consta la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, su Reglamento General y las regulaciones que emita la ARCOTEL y sus actos de aplicación, prevalecerá lo dispuesto en la normativa.”*

La NID incluye entre la normativa las regulaciones emitidas por ARCOTEL, y **“sus actos de aplicación”**, a los que se confiere jerarquía normativa y carácter prevalente sobre el contenido del título. La interpretación consistiría en un *“acto de aplicación”*, que, en tal caso, resultaría definitivo, y susceptible de impugnación solamente por la vía contenciosa, anulándose en tal caso la vía arbitral, pese a que se trataría de un asunto con connotaciones sobre la relación jurídica entre la concesionaria y la ARCOTEL. Hay que advertir que esta disposición sigue la línea argumental -errada e ilegal- de ARCOTEL en los arbitrajes: **los actos de ejecución no son materia contractual, por tanto, no están sometidos al arbitraje** y que ha sido rechazada por todos los Tribunales Arbitrales (6).

Debe eliminarse la expresión *“actos de ejecución”*. Estos actos no pueden ser parte de la normativa como propone el proyecto. Esta redacción atenta claramente contra el arbitraje pactado en los títulos habilitantes, ya que hace indiscutibles en la vía arbitral los actos de aplicación de una norma o estipulación que emita la ARCOTEL.



**2.4** Artículo 9 (2) “A los títulos habilitantes otorgados mediante contrato de concesión se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración; lo cual no afecta la vigencia y aplicación de las estipulaciones o disposiciones respecto de la normativa posterior a la celebración del título habilitante, **que se haya aceptado se incorpore al mismo**”.

La norma sugerida establece la incorporación de normativa posterior a la celebración de contratos de concesión. La última frase insinúa que debería existir para tal efecto aceptación para la incorporación. Debería aclararse en forma expresa que la aceptación deba provenir de la contraparte del contrato. Además, no puede incorporarse normativa que modifique el equilibrio económico pactado sin que haya compensación (por ejemplo: los efectos de modificar el pazo de la concesión, los valores de pago anual, etc.)

**2.5** “**Artículo 15.- Improcedencia en temas sometidos al conocimiento y resolución de jueces o tribunales de la República. - Los temas objeto de la consulta no versarán sobre asuntos que estén en conocimiento de jueces o tribunales de la República, o que hayan sido resueltos por éstos.**”

Consideramos que la redacción es insuficiente, porque podría interpretarse que los jueces y tribunales a los que se refiere sean únicamente los dependientes del Consejo Nacional de la Judicatura. Es preciso puntualizar que no podrán ser materia de consulta “**los asuntos sometidos a los jueces o tribunales de la República y a los tribunales arbitrales, o que hayan sido resueltos por cualquiera de ellos**”.

Es preciso señalar que el Art. 190 de la Constitución de la República reconoce el arbitraje como mecanismo legal para la solución de conflictos. Esto, además, es refrendado por lo contemplado en el Art. 1 de la Ley de Mediación y Arbitraje y los Arts. 125 y 126 del COA.

Por lo tanto, dado que se trata de un sistema de justicia reconocido tanto a nivel constitucional como legal, debe tener el mismo tratamiento que la justicia ordinaria.

**2.6 El procedimiento concertado en el Art. 16**, carece de independencia y transparencia. Si existe una divergencia con la ARCOTEL, la NID remite a que sea la propia ARCOTEL quien realice los informes de interpretación para conocimiento del Directorio, evidentemente es juez y parte. Este mecanismo no se ajusta al “Protocolo de Adhesión del Ecuador al Acuerdo Comercial Multipartes con la Unión Europea”, que entro en vigencia el 1 de enero del 2017, y que en el Art. 143 (3) se establece que “*Las decisiones y procedimientos utilizados por las autoridades reguladoras serán transparentes e imparciales respecto a todos los participantes en el mercado*”.

El Art. 151 del Código Orgánico Administrativo ordena que en todo procedimiento cuya decisión pueda tener efectos jurídicos constitutivos para un tercero, este será llamado a participar en calidad de persona interesada, para que ejerza sus derechos en el término de cinco días. Esta exigencia es especialmente relevante en aquellos casos en lo que la petición de interpretación normativa es realizada por el Director Ejecutivo de ARCOTEL.

La falta de notificación al tercero producirá que el acto emitido no tenga efectos con respecto a la persona interesada, de conformidad con la segunda parte del artículo mencionado del Código Orgánico Administrativo. El tercero interesado debería tener acceso a todos los documentos, actos y actos de simple administración producidos y que se incorporen al expediente administrativo y tener tiempo suficiente para contestarlo y presentar sus opiniones con el tiempo debido y así garantizar su derecho a la defensa, contemplado en el Art. 76, numeral 7 de la Constitución de la República.

Para garantizar la imparcialidad de las decisiones, se requiere reformar el procedimiento, por cuanto quienes estudien y realicen los informes no puede ser la propia ARCOTEL, bien

podrían ser los órganos técnicos y jurídicos del Ministerio de Telecomunicaciones o contar con peritos independientes.

**2.7 “Artículo 17.- Resoluciones. - Los pronunciamientos del Directorio de la ARCOTEL sobre requerimientos de interpretación, se emitirán a través de resoluciones motivadas, las cuales una vez notificadas al petitionerario, entrarán en vigencia y serán de estricto cumplimiento, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial y/o página web institucional, para fines informativos.”**

Como queda expresado antes, el efecto generalmente obligatorio de las interpretaciones, sin distinción de la materia, permite concluir que en realidad se trata de una sui generis forma de reglamentar y de incorporar a la legislación vigente los asuntos de interpretación.

Hay que tomar en cuenta las implicaciones concretas que tal norma y los efectos tendrían sobre todos los concesionarios. Si un concesionario unilateralmente y según su perspectiva e intereses, plantea una consulta a ARCOTEL, lo que tal entidad resuelva afectará a todos los demás, aunque no sean parte de la consulta, lo que es impertinente.

**2.8 “Artículo 18.- Fin de la Vía Administrativa. - Los actos administrativos que contienen los pronunciamientos de interpretación o reconsideración, emitidos por el Directorio de la ARCOTEL; no son susceptibles de impugnaciones o reclamos en sede administrativa; ponen fin a la vía administrativa, pero pueden impugnarse en la vía judicial.”**

Esta disposición neutraliza el valor de los contratos, cuyas cláusulas se afectarían por vía de interpretación general del Directorio de ARCOTEL, ya sea en un asunto planteado por la misma ARCOTEL o por un tercero interesado.

Si las interpretaciones tienen carácter general, como señala el artículo 17, y si las resoluciones que las contienen pueden impugnarse únicamente por la vía contencioso-administrativa ya que esa es la “vía judicial” a que alude la parte final del artículo 18 del proyecto-, las afectaciones a las cláusulas de un contrato, derivadas de la interpretación, no podrían someterse a arbitraje, lo cual comporta un desconocimiento e inaplicación de la Cláusula 68 del Contrato de Concesión.

Debemos precisar que, independientemente de los efectos generalmente obligatorios de la interpretación, si un caso de interpretación afecta al Contrato de Concesión y a su equilibrio económico o a cláusulas fundamentales, se configuraría una controversia sometida a la cláusula arbitral y a los árbitros competentes, por afectar al principio *pacta sunt servanda*, el contrato es ley para las partes, a la buena fe en la contratación y a la seguridad jurídica, lo cual no puede ser desconocido en ningún caso por la ARCOTEL.

Señor Ministro y Señor Director de la ARCOTEL, hemos demostrado que se trata de una regulación inadecuada, que inhibe la inversión, minimiza y desconoce los Contratos y es un reiterado intento por evitar la aplicación del sistema arbitral entre el Estado y los privados contemplado en la Constitución (Art. 190), en la LAM (Art. 4), en el COA (Art. 126). Resulta una evidente contradicción con los esfuerzos del Gobierno Nacional, de fomentar las inversiones, que en los contratos de inversión<sup>11</sup> se establece que las diferencias se resuelven en arbitraje. El sector de telecomunicaciones, uno de los que más confía en el país manteniendo inversiones permanentes, pretende ser tratado en forma discriminatoria con respecto a otros inversionistas, lo que resulta una violación del Acuerdo de Protección Recíproca de Inversiones entre Ecuador y España.

Hago llegar a Uds. mi mayor consideración y respeto personal.

---

<sup>11</sup> “LEY ORGÁNICA PARA EL FOMENTO PRODUCTIVO, ATRACCIÓN DE INVERSIONES, GENERACIÓN DE EMPLEO, Y ESTABILIDAD Y EQUILIBRIO FISCAL”, R.O. No 309 del 21 de agosto del 2018

Atentamente,

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Hernán Ordóñez', enclosed in a light gray rectangular box.

Hernán Ordóñez  
**VICEPRESIDENTE REGULATORIO**