



Quito, 5 de abril de 2023

Oficio DR-0331-2023

Señor Magister
Juan Carlos Soria
DIRECTOR EJECUTIVO
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES
ARCOTEL
Presente. -

Ref.: Observaciones a la propuesta de *“NORMA PARA EL CONTROL DIRECTO E INMEDIATO DE LOS SERVICIOS DEL RÉGIMEN GENERAL DE TELECOMUNICACIONES DURANTE UN ESTADO DE EXCEPCIÓN EN CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 8 DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES”*.

De mi consideración:

Por medio del presente, me dirijo a usted a fin de hacerle llegar mi cordial saludo, y a su vez, en atención al aviso público de 24 de marzo de 2023, mediante el cual tuvimos conocimiento de la propuesta de *“NORMA PARA EL CONTROL DIRECTO E INMEDIATO DE LOS SERVICIOS DEL RÉGIMEN GENERAL DE TELECOMUNICACIONES DURANTE UN ESTADO DE EXCEPCIÓN EN CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 8 DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES.”*, dentro del término otorgado para el efecto, me permito indicar lo siguiente:

I.
OBLIGACIONES GENERALES

1.1. SOBRE EL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y EL USO, SUSPENSIÓN O LIMITACIÓN DE LOS SERVICIOS:

Con el fin de analizar la viabilidad del contenido de la presente propuesta, es preciso citar lo prescrito en el artículo 164 de la Constitución de la República del Ecuador, que define al Estado de Excepción, así:

1

CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A CONECEL

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. PBX: 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio ETECO. PBX: 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero. Torre de Negocios El Dorado. PBX: 593 4 2634193

Recepción de oficios: jycastro@claro.com.ec



“La Presidenta o Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. La declaración del estado de excepción no interrumpirá las actividades de las funciones del Estado.

El estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. El decreto que establezca el estado de excepción contendrá la determinación de la causal y su motivación, ámbito territorial de aplicación, el periodo de duración, las medidas que deberán aplicarse, los derechos que podrán suspenderse o limitarse y las notificaciones que correspondan de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales.”

Con lo cual es incuestionable que, el Ejecutivo podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural, con lo cual, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la LOT¹, los prestadores que operen redes públicas de telecomunicaciones tienen la obligación de permitir el control directo e inmediato por parte del ente rector de la defensa nacional, para el uso de los servicios de telecomunicaciones en el área afectada, no obstante, en el mismo no se prevé la suspensión o limitación de estos y mucho menos, el uso de su infraestructura, como así lo señalan en el art. 13 de la propuesta.

Sin perjuicio de lo indicado, para que opere la toma del control directo de los servicios de telecomunicaciones, es necesario, que el Ejecutivo justifique que dicha acción o medida, es **imprescindible para superar el estado de excepción declarado por el Presidente de la República**, lo cual, conforme se desprende el artículo 166 de la Constitución de la República, deberá inclusive ser aprobado por la Asamblea Nacional y/o la Corte Constitucional, con lo cual toda medida que restrinja derechos debe estar expresamente motivada en el decreto de excepción, y ser considerada necesaria, pertinente y proporcional por la Corte Constitucional.

Adicional, se debe considerar el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, que manifiesta que el Decreto que declara el Estado de Excepción debe contener las medidas a aplicar y los derechos que podrán suspenderse o limitarse, entre ellos, los servicios de telecomunicaciones y la libertad de información.

Sin dejar de lado que, “el control directo e inmediato”, conforme se desprende del artículo 17 del Reglamento de Requisiciones vigente, no supone un cambio en la administración de la empresa, pues la misma continuará siendo administrada por sus directivos, bajo control del Estado, sin que el

¹ Art. 8 (...) cuando el Decreto Ejecutivo de Estado de Excepción que emita el Presidente o Presidenta de la República, involucre la necesidad de utilización de los servicios de telecomunicaciones, los prestadores que operen redes públicas de telecomunicaciones tienen la obligación de permitir el control directo e inmediato por parte del ente rector de la defensa nacional, de los servicios de telecomunicaciones en el área afectada.



control se pueda interpretar como una facultad ilimitada y discrecional de los funcionarios responsables de la ejecución de la medida.

1.2. SOBRE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES ARCOTEL, MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y OPERADORAS:

Conforme ha sido indicado previamente, toda medida adoptada dentro del estado de excepción debe contener varios requisitos de fondo y de forma, como son: causal y su motivación, ámbito territorial de aplicación, el periodo de duración, las medidas que deberán aplicarse, así como los derechos que podrán suspenderse o limitarse.

No obstante, pese a que el artículo 1 Objeto de esta propuesta, señale que su objetivo es establecer el alcance, derechos y obligaciones de todos los involucrados en el presente proceso (ARCOTEL, Ministerio de Defensa Nacional, Operadoras), no se determina de manera clara los roles, obligaciones y derechos de ninguno de ellos, lo cual puede causar confusiones al momento de la aplicación de esta.

Por lo indicado, solicitamos detallar dentro de la presente propuesta, los roles, derechos y obligaciones de todas las partes involucradas, considerando para al efecto, lo indicado en la matriz anexa, en particular observando las reglas impuestas por la Ley de Seguridad Pública y del Estado, el Reglamento a la misma, el Reglamento de Requisiciones vigente, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y los contratos de concesión.

1.3. SOBRE LA INFRAESTRUCTURA A SER UTILIZADA:

Respecto al uso de la infraestructura, es importante que todos los involucrados en el presente proyecto, tengan claro que la misma no está sujeta a modificaciones o inversiones a ser realizadas por pedido de ARCOTEL o del Ministerio de Defensa Nacional al momento que el ejecutivo dicte el Estado de Excepción, de no ser así, dichas entidades estarían extralimitándose en sus atribuciones, para lo cual es preciso recordar lo dispuesto en el artículo 226 de nuestra Carta Magna, así:

“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.”

Cuyo incumplimiento, tendría como consecuencia lo establecido en el artículo 11 ibídem:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la



Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.”

Así mismo, y pese al establecimiento del Pago de un Justo Precio, por el uso de dicha infraestructura, aún no determinada, consideramos necesario incluir como un derecho de los operadores, el contar con salvaguardas de la infraestructura de telecomunicaciones, pues dependiendo de los alcances (no determinados), desconocemos si por el uso de la misma, estas puedan estar sujetas a daños, pérdidas o destrucción.

1.4. SOBRE EL PAGO DEL JUSTO PRECIO:

Como no escapa a su conocimiento el artículo 115 del Reglamento a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, establece que la determinación del justo precio será realizado por el/la Director Ejecutivo de ARCOTEL sobre la base del informe de la **Comisión Técnica** conformada por ARCOTEL, Ministerio de Defensa Nacional y el prestador del servicio de telecomunicaciones, la cual tiene como función determinar fundamentadamente y en consenso el justo precio por los servicios que se hayan utilizado, no obstante, y en contra de lo establecido en el artículo ibídem, en la presente propuesta, se pretende aplicar un índice elaborado por ARCOTEL, que limitaría las funciones de la denominada Comisión, pues implicaría que obligatoriamente se deberá aplicar el resultado del mismo, sin ninguna base legal y razonabilidad técnica y económica.

Por tanto, a más de la señalada extralimitación regulatoria que pretende incluir ARCOTEL al definir de manera unilateral una metodología de cálculo para determinar aparentemente un justo precio, debe tenerse en cuenta que el factor propuesto carece de razonabilidad económica, pues la autoridad debe partir del concepto a nivel de mercado de lo que es un “justo precio”; y para aquello nos podemos remitir a diferentes fuentes, por ejemplo lo que indica la CEPAL, que es la Comisión Económica para América Latina y el Caribe es el organismo dependiente de la Organización de las Naciones Unidas responsable de promover el desarrollo económico y social de la región que indica:

“Pago de un precio justo:²

*Un precio justo es aquel que ha sido **establecido de mutuo acuerdo** por todos a través del diálogo y la participación, que proporciona un **pago justo a los productores y también puede ser sostenido por el mercado**. Pago justo significa la provisión de una remuneración socialmente aceptable (en el contexto local) considerado por los propios productores como justos, y que tenga en cuenta el principio de igual pago por igual trabajo entre mujeres y hombres. (lo resaltado me pertenece).*

² Comercio Justo en América Latina y el Caribe - <https://biblioguias.cepal.org/comerciojusto>



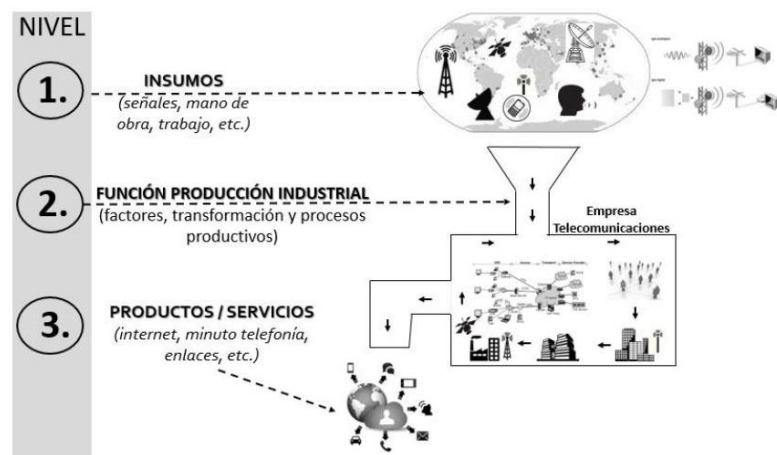
En esta lid, sin perjuicio de lo expresado a continuación remitimos el análisis que expresa adicionalmente lo poco razonable del índice planteado en el proyecto de normativa, denominado **Índice para la determinación del pago del valor justo**.

“Factor 1: Valor agregado bruto cantonal por industria-no petrolero” (VABnp)

Este indicador macroeconómico representa el valor de todos los bienes y servicios producidos en la economía en un periodo determinado, menos los consumos intermedios utilizados en el proceso de producción, en otras palabras, es el valor añadido a los insumos de producción para que, por medio de la transformación se obtengan nuevos bienes y/o servicios.

Este indicador macroeconómico no se puede utilizar para calcular el valor del servicio utilizado de telecomunicaciones debido a lo siguiente:

- La industria de telecomunicaciones en su gran parte se compone de costos fijos y costos hundidos, que a la par involucra la prestación de servicios convergentes, y en ese aspecto la función de producción en las telecomunicaciones, se caracteriza por desarrollar un modelo productivo industrial, que permite la creación de valor mediante el uso de factores productivos, donde convergen sofisticados procesos de encadenamiento productivo a nivel local, regional e internacional, para transformar insumos y convertirlos en productos disponibles al público como telefonía móvil, transmisión de datos, televisión- telefonía IP, internet, telefonía fija, servicios de valor agregado (media- telecom) entre otros, creados para brindar atención y satisfacción a los consumidores, derivando en servicios que agregan valor a la sociedad y se posicionan como un factor que posibilita el desarrollo socio-cultural y económico.





En ese aspecto la transformación en el sector de telecomunicaciones no se reflejaría de manera correcta con el indicado macroeconómico por las particularidades y componentes que participan dentro de los costos fijos y hundidos que posee los prestadores de telecomunicaciones.

- El valor agregado bruto (VAB), es una magnitud macroeconómica que mide el valor total creado por un sector. Esto es, el valor del conjunto de bienes y servicios que se producen en un país durante un periodo de tiempo, descontando los impuestos indirectos y consumos intermedios. Es decir, con este indicador no es posible determinar el valor justo a pagar para un servicio específico de telecomunicaciones.

“Factor 2: Participación de los egresos corrientes por sectorial, “Sectorial defensa nacional” (Esdn)

El considerar el presupuesto general del estado, para el ejercicio fiscal correspondiente, elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas, específicamente en lo referente a la participación de los egresos corrientes por sectorial, “Sectorial defensa nacional”, para cada ejercicio fiscal, no guarda ninguna relación con la determinación de un justo precio, por el pago de los servicios de telecomunicaciones utilizado en un eventual estado de excepción y control directo de los prestadores, y más bien, lo que busca es encasillar el pago al presupuesto asignado a esta institución, desconfigurando la naturaleza de lo que debe ser un justo precio.

A la par, los egresos de la defensa nacional son parte de los egresos que el estado a través de sus entidades, instituciones y organismos efectúan con carácter permanente y operativo, que permiten la provisión continua de bienes y servicios públicos a la sociedad, y sería un error considerar esta variable dentro del cálculo, pues nuevamente es imponer un precio máximo dentro del pago de los servicios utilizados por el Estado.

En conclusión, el valor obtenido de la relación de los índices antes expuestos y que representa el **20,18%**, no significa más que el Estado al justo precio descontará el **80%** del valor en dólares obtenido de la utilización de los servicios de telecomunicaciones; esto sin duda, demuestra que se está desconociendo desde el inicio el reconocimiento justo que debe tener el Estado e infringiría lo dispuesto por el propio Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones.

Recordemos que, en ningún cuerpo legal o regulatorio, existe la disposición expresa de que ARCOTEL deberá determinar una metodología o índice para calcular el justo precio, menos aún que el justo precio deba ser menor o afectado por un descuento, relacionado con el presupuesto del Ministerio de Defensa, por tanto, es nuestro deber poner a su consideración esta arbitrariedad y extralimitación de funciones que estaría fungiendo la autoridad de telecomunicaciones.



Por lo indicado, se pone a su consideración, como alternativas para obtener un justo precio, conceptos como las tarifas mayoristas que la autoridad ha fijado en aspectos como Roaming Nacional, Interconexión, o inclusive aplicar el ingreso promedio por unidad del servicio recogidos en el Artículo 4 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y artículo 62 de su Reglamento, así como, para el caso de voz Average Revenue Per Minute, en el caso de SMS Average Revenue Per Message y en el caso de datos Average Revenue Per MB.

Finalmente consideramos importante que en todo el documento se homologue el término “valor justo” por “justo precio”, conforme el artículo 115 del RGLOT, a ser pagado por todo el tiempo que dure la medida adoptada.

1.5. SOBRE LA NO EMISIÓN DEL AIR:

De la revisión realizada a la presente propuesta, y conforme se desprende a foja 3 de 21:

“Mediante oficio N° ARCOTEL-CREG-2022-0086-OF de 10 de junio de 2022, la Coordinación Técnica de Regulación solicitó a la Dirección de Asuntos Regulatorios de la Presidencia de la República, emitir su pronunciamiento respecto de la exención de AIR para la emisión de la norma.

*Con oficio N° PR-DAR-2022-0106-O de 12 de julio de 2022, la Dirección de Asuntos Regulatorios de la Presidencia de la República, **informó a la ARCOTEL que la propuesta de norma para la aplicación del artículo 8 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, queda exenta de presentación del análisis de impacto regulatorio.**”* (El énfasis me corresponde)

En este sentido, nos vemos en la obligación de poner en su conocimiento la preocupación que nos genera la respuesta remitida por la Presidencia de la República, pues desconocemos los motivos por los cuales, señala que para la emisión de la misma, no se requiere de un Análisis de Impacto Regulatorio, más cuando, el uso, suspensión o limitación de los servicios de telecomunicaciones, puede traer consigo afectaciones a los derechos tanto de los clientes, como a los prestadores de servicios de telecomunicaciones.

En línea de lo indicado, y en aplicación del Decreto Ejecutivo No. 1204 así como, del Acuerdo No. SGPR-2021- 054, mediante el cual se expidió la “Guía para la Elaboración del Análisis de Impacto Regulatorio Ex ante”, que, en su parte pertinente señala:

“Artículo 2.- La presente guía tiene como objeto establecer las principales directrices para que las entidades de la Función Ejecutiva, elaboren los análisis de impacto regulatorio –AIR previo a la emisión de nuevas regulaciones o modificación de regulaciones existentes.



Artículo 3.- Las directrices constantes en la presente guía son de cumplimiento obligatorio para todas las entidades de la Función Ejecutiva involucradas en el proceso de mejora regulatoria de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo No. 1204 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 352 de 17 de diciembre de 2020.” (El énfasis me pertenece)

Consideramos que esta propuesta debe contar con el Análisis de Impacto Regulatorio, razón por la cual, solicitamos se proceda con su generación.

1.6. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA EN LA CREACIÓN DE NORMAS Y PROYECTOS:

Los principios generales del derecho son los pilares fundamentales sobre los cuales se levanta el ordenamiento jurídico de todo Estado, igualmente cumplen la función de ser una fuente del derecho de tal manera que una norma jurídica es ineficaz al ir en contra de un Principio. Rodríguez Boente manifiesta que, “(...) **los principios jurídicos son siempre prescripciones jurídicas, ya actúen como fundamento o criterios de interpretación de otras normas, como fuente supletoria de la ley o la costumbre o como simple mandato que obliga a actuar en el sentido del valor consagrado por el principio**³.”

Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, en la obra “*Las Fuentes del Derecho*”,⁴ manifiestan que los principios generales del derecho, “**se trata de normas que no se encuentren fundadas en la autoridad del Estado, como la ley, ni en la posición de determinadas fuerzas o grupos sociales, como la costumbre; sino que tienen su fundamento en la comunidad misma, de forma que es la comunidad entera, a través de sus convicciones y de las creencias que profesa, el auténtico poder creador de estas normas**”.

Respecto al principio de seguridad jurídica, es preciso recordar a ARCOTEL que un primer y elemental concepto de seguridad jurídica depende de quienes elaboran las normas jurídicas, con relación a hacerlo respetando las convicciones sociales que caracterizan a nuestra sociedad; una segunda y también elemental consideración dentro de la seguridad jurídica es la posibilidad de conocer las normas jurídicas anticipadamente, de manera efectiva y garantizando su correcta aplicación, recogido así en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, al señalar:

“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”.

Por su parte, la propia Corte Constitucional ha establecido que la seguridad jurídica:

³ Rodríguez, S. (2008). *Los principios generales del derecho*. Universidades de Santiago de Compostela

⁴ Montor, A. (1993). *Las fuentes del derecho*. Universidad de Murcia



"(...) constituye el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana respecto de las actuaciones de los poderes públicos, pues brinda a las personas certeza de que la aplicación normativa se realizará acorde a la Constitución y que las normas aplicables al caso concreto han sido determinadas previamente, son claras y públicas, y aplicadas únicamente por autoridad competente. (...)"⁵

En este contexto, este derecho constitucional a la seguridad jurídica:

"(...) representa la certeza del cumplimiento de normas claras y públicas contenidas en el ordenamiento jurídico, las mismas que deben ser aplicadas por la autoridad competente en concordancia con la Constitución de la República..."

De lo manifestado anteriormente, se colige que la seguridad jurídica constituye un derecho que garantiza a las personas que las normas que sean creadas por parte de órganos que conformen la administración pública, se encuentren acorde a la Constitución y a las normas aplicables al caso concreto.

II. OBSERVACIONES ESPECÍFICAS

Las mismas son remitidas como adjunto al presente, en el anexo disponible para el efecto en la página web de ARCOTEL.

Particular que ponemos en su conocimiento, para los fines pertinentes.

Atentamente,

Abg. María Belén Cárdenas
GERENTE DE MARCO REGULATORIO
CONECCEL

Adjunto: 050423 2.4.-FORMULARIO-OBSERVACIONES-PROPUESTA-NORMA-ARTICULO-8_CONECCEL

⁵ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 051-13-SEP-CC. Caso No. 0858-11-EP de 7 de agosto de 2013. Obtenido de <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/7b949171-669d-45e9-8997-235fb3b55cb5/0858-11-ep-sen.pdf?quest=true>