

Quito, 11 de septiembre de 2023

VPR-29501-2023

Magister
Juan Carlos Soria
DIRECTOR EJECUTIVO
ARCOTEL
Presente.-

REFERENCIA: Observaciones al Proyecto de “NORMA TÉCNICA DE ACCESO”

De mi consideración:

Reciba un cordial saludo de quienes hacemos Movistar, que opera en el país desde el año 2004, comprometida con el desarrollo de las tecnologías de comunicación e información. Estamos convencidos que estas tecnologías mejoran la calidad de vida de las personas y benefician a la sociedad ecuatoriana.

En relación con la “PRPUESTA NORMA TÉCNICA DE ACCESO” (“PNA”), respetuosamente exponemos y solicitamos a usted lo siguiente:

RESUMEN EJECUTIVO:

1. Como explicamos en el presente documento, la normativa vigente limita la regulación de acceso a cargo de la ARCOTEL sobre recursos “indispensables” o “facilidades esenciales”. La PNA al establecer la regulación de acceso de manera indiferente que se trate de un recurso de red cualquiera o de una facilidad esencial (recurso indispensable) trastoca los derechos constitucionales, el Acuerdo Comercial entre Ecuador y la Unión Europea y las disposiciones legales y reglamentarias vigentes.

2. La propuesta normativa de ARCOTEL no considera que una “*premisa inherente al concepto de facilidad esencial es que el propietario de la facilidad esencial posea poder monopólico*”¹. Bajo esa equivocación conceptual se desarrolla la PNA, lo cual provoca falta de rigurosidad y de legalidad.

3. La PNA introduce en el Art. 5, numeral 1 el principio de “*interés social*”, extralimitándose en el alcance de una norma técnica, que debe desarrollar el régimen de acceso, ciñéndose estrictamente a los principios expresos y taxativos contemplados en la LOT.

4. La propuesta normativa señala que los costos de acceso reconocerán únicamente los costos marginales de producción, lo cual resulta una especie de expropiación a pérdida,

¹ “Facilidades esenciales” Abbott B. Lipsky, Jr, Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América y J. Gregory Sidak, Senior Lectur de la Facultad de Administración de la Universidad de Yale”, página 143.

provocando un daño a la competencia y el desincentivo a la inversión, contrariando el objetivo 2 del Art. 3 de la LOT *“Fomentar la inversión nacional e internacional, pública o privada para el desarrollo de las telecomunicaciones.”*

5. La PNA debe abordar adecuadamente los aspectos técnicos del acceso, como las condiciones para negar el acceso o el incremento de capacidad por ser inviable técnica y económicamente; así como también, debe dejarse a salvo el derecho del operador a migrar a nuevas tecnologías.

6. Al no existir claridad sobre la calificación de las facilidades esenciales o elementos indispensables, resulta imposible cumplir con la obligación de establecer y tener a disponibilidad la Oferta Básica de Acceso, pues para su elaboración, se requiere de manera imprescindible conocer cuáles recursos de red calificados como facilidades esenciales serán objeto de acceso, reconociendo que cada elemento tiene su particularidad que determinará la factibilidad técnica y económica.

I. ANALISIS DE LA PROPUESTA

1. ARTICULO 3. OBLIGATORIEDAD DE ACCESO A CUALQUIER RECURSO DE RED DE UN OPERADOR

1.1 RESPECTO A LA LIBERTAD DE EMPRESA

La libertad de empresa es un derecho constitucional que tienen todas las personas y que les permite acceder a un mercado determinado como competidores, mantenerse dentro de él a través de la eficiencia económica y cesar en su ejercicio, cumpliendo las formalidades legales.

El Artículo 336 de la Constitución de la República del Ecuador (**“CRE”**) señala que:

*“**Art.336** (...) El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley”. (Subrayado no es parte de la CRE)*

Entendemos por libertad económica un concepto asociado y propio de la economía de mercado. Esto supone que la actividad económica se determina por la producción (oferta) o el consumo (demanda) de aquello que el precio y calidad haga más atractivo.

Tal derecho establecido en la CRE no puede en caso alguno ser afectado en su esencia, ni impedido su libre ejercicio, mediante la imposición de condiciones o exigencias ajenas al orden jurídico.

Entendido lo anterior, es importante señalar que el Artículo 30 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (**“LOT”**) otorga a la ARCOTEL la capacidad de “regular el acceso” señalando:

*“**Art.30 Regulación del acceso.** Consiste en asegurar el acceso no discriminatorio a los insumos necesarios, en especial a infraestructuras que se califiquen como facilidades esenciales”. (Subrayado no es parte de la LOT)*

El alcance de insumos necesarios consta en el Artículo 68² de la LOT, mencionando que comprenden los “recursos de red o servicios con fines de prestación de servicios de telecomunicaciones” e “indispensables para interoperabilidad de los servicios o redes”.

En concordancia con el Artículo 30 de la LOT, el Artículo 71³ del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (“**RGLOT**”) establece que los recursos necesarios, sujetos a la regulación de acceso, son “aquellos elementos que sean indispensables para permitir la prestación de un servicio por parte de un operador a través de la red de otro”. Es decir que los “insumos necesarios” que menciona el Art. 30 de la LOT son aquellos que tienen la característica de “indispensables” y ningún otro.

La noción de “*indispensable*” además conlleva a que en especial correspondan a las infraestructuras calificadas por ARCOTEL como “*facilidades esenciales*”. Lo que se corresponde con la doctrina, ampliamente desarrollada, de que una facilidad esencial es un recurso indispensable y viceversa.

En este punto del análisis, es menester señalar que las normas jurídicas para alcanzar su total entendimiento deben ser analizadas a partir del contexto general de sus disposiciones, no cabe una aplicación parcial pues desvirtúa su motivación y espíritu, en detrimento de la “*debida coexistencia, correspondencia y armonía*”.⁴ Por ello, se insta a la ARCOTEL a aplicar las disposiciones de la LOT y del RGLOT, entendiéndolas de manera integral, lo cual permitirá “*promover el desarrollo y fortalecimiento del sector de las telecomunicaciones*” y el cabal cumplimiento de los demás objetivos de la LOT, que se encuentra plasmados en su Art. 3.

Entonces, la regulación de acceso prevista en la LOT que puede emprender la ARCOTEL tiene un límite legal. No corresponde a la facultad de regular el acceso a cualquier recurso de red o servicio. Si es parte de la facultad de regular el acceso a aquellos recursos de red o servicios indispensables y son aquellos que “*se considera tan necesario que no se puede prescindir de él o no se puede dejar de tener en consideración*”⁵ y, en especial corresponde a las facilidades esenciales. El límite legal, como veremos guarda concordancia con la doctrina internacional y el Acuerdo Comercial suscrito entre Ecuador y la Unión Europea.

A pesar de la claridad del régimen legal en materia de acceso, la Propuesta Normativa de Acceso (“**PNA**”), en el Artículo 3 trasgrede el concepto de “indispensable” ya que propone que, los prestadores de servicios tienen la obligación de permitir el acceso “a cualquier recurso de red” por el hecho de que lo haya solicitado otro prestador de un servicio de telecomunicaciones. Con este citado error legal se desarrolla la propuesta

² “**Art. 68.- Acceso.** A los efectos de esta Ley, se entiende por acceso, a la puesta a disposición de otro prestador, en condiciones definidas, no discriminatorias y transparentes, de recursos de red o servicios con fines de prestación de servicios de telecomunicaciones, incluyendo cuando se utilicen para servicios de radiodifusión, sujetos a la normativa que emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, la misma que podría incluir entre otros los siguientes aspectos: el acceso a elementos y recursos de redes, así como a otros recursos y sistemas necesarios; las interfaces técnicas, protocolos u otras tecnologías que sean indispensables para la interoperabilidad de los servicios o redes”.

³ **Art. 71.- Acceso.-** El acceso a los recursos de redes o servicios con fines de prestación de servicios del régimen general de telecomunicaciones es obligatorio en las condiciones y formas que establezca la LOT, el presente Reglamento General, y la regulación que emita la ARCOTEL. // Se entenderá por recursos de redes, aquellos elementos que sean indispensables para permitir la prestación de un servicio por parte de un operador a través de la red de otro. // El acceso deberá realizarse en cualquier lugar de la red en el que sea técnicamente factible, denominado punto de acceso.

⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Social, Art. 3, numeral 5

⁵ Significado Diccionario de la Real Academia de la Lengua

normativa (PNA), por tanto, carece rigurosidad y de valor legal y además violenta derechos constitucionales.

El Artículo 71⁶ de la LOT menciona un objetivo importante a considerar para regular por parte de ARCOTEL de las condiciones económicas del acceso que es para “*fomentar la eficiencia y la competencia sostenible y potenciar al máximo los beneficios para los usuarios*”. La eficiencia de los mercados se logra mediante la competencia, que lleva a la asignación eficiente de recursos por parte de un operador y, el mantenimiento de la competencia potencia (al máximo) los beneficios para los consumidores, que pueden escoger al prestador de servicios por precio, calidad y tecnología.

Sin embargo, la PNA transgrede el concepto de competencia, entendida como la:

“[d]inámica que surge en los mercados cuando los operadores económicos que intervienen en el mismo y ofertan sus productos, actúan de forma independiente, rivalizando entre sí, con el fin de aumentar su participación y cubrir en mayor proporción las necesidades de los consumidores. El objetivo de las empresas es aumentar las ventas de sus productos y servicios al ofrecer productos de mejor calidad y a un mejor precio”⁷.

La competencia no conlleva el uso forzoso de cualquier recurso de red solicitado por un operador a otro, mediante la imposición (en última instancia) por ARCOTEL de las condiciones técnicas, económicas y legales sobre recursos de red de carácter privado. La competencia exige que el otro operador competidor asigne sus propios recursos para producir y ofertar el servicio que mejor rivalice con el competidos. Este concepto, evidentemente, solo tiene límite cuando existe un recurso de red o servicios que es “indispensable” o es una “facilidades esenciales”, caso contrario, los participantes en el mercado, empujados por una inadecuada regulación, preferirán obtener el acceso a recursos de red o servicios en lugar de construir su propia infraestructura y además alentarán ante la ARCOTEL a la selección de costos inadecuados⁸ para afectar a quién le proporciona el recurso.

Una aplicación amplia del tipo “nice to have” que propone el PNA, irrespetando los conceptos legales y doctrinarios, tendrá efectos perjudiciales en la competencia ya que los consumidores tendrán menor variedad y calidad de bienes y servicios.

“Los peligros de subestimar el cobro del acceso, que tendría un impacto similar al de aplicar la doctrina de las facilidades esenciales con demasiado celo, también se

⁶ LOT: “Art. 71.- Regulación económica de la interconexión y el acceso.- La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones está facultada para imponer, entre otras, obligaciones en materia de separación de cuentas en relación con la interconexión o el acceso. // De igual manera está facultada para imponer condiciones económicas, incluyendo cargos de interconexión o precios mayoristas en relación con la interconexión o acceso. La Agencia podrá establecer un valor cero (0) como cargo de interconexión, en aplicación del artículo 32 de esta Ley. // Los cargos y precios mayoristas que se acuerden o impongan para la interconexión y el acceso deberán servir para fomentar la eficiencia y la competencia sostenible y potenciar al máximo los beneficios para los usuarios. La carga de la prueba respecto de los costos de la interconexión o el acceso, corresponde al prestador que los aplique o que los alegue. // La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones podrá utilizar métodos o modelos de cálculo de costos distintos de los utilizados por la empresa o tomar en cuenta los costos de otros mercados comparables y podrá exigir a un prestador que justifique plenamente los cargos o precios que aplica y, cuando proceda, ordenarle que los modifique.”

⁷ <https://www.scpm.gob.ec/sitio/hablemos-de-competencia-seccion/>

⁸ Gans y King (2003) argumentan que un regulador que establece un precio de acceso después de que la inversión relevante se considera hundida tiene un fuerte incentivo a establecer una tarifa de acceso baja.

*han reconocido en la literatura económica. Como destacan Laffont y Tirole (2000), esto podría inducir a la entrada de empresas ineficientes o de un número excesivo de participantes, pudiendo también reducir los incentivos del propietario de la facilidad a invertir en mejoras de calidad*⁹.

En este punto, es importante mencionar lo señalado por la Superintendencia de Competencia Económica, que respecto a “*La protección del derecho de la competencia*” manifiesta lo siguiente:

“La Constitución de la República del Ecuador consagra la libertad de contratación y la libertad de desarrollar actividades económicas, las cuales requieren desarrollarse en un entorno de libre competencia. (Resaltado no es parte de la cita)

La Constitución sienta las bases para garantizar la competencia en los mercados:

- *Artículo 304, numeral 6: El Estado, como parte de su política comercial, evitará las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.*
- *Artículo 334, numeral 1: El Estado promoverá el acceso equitativo a los factores de producción, evitando la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, promover su redistribución y eliminar privilegios o desigualdades en el acceso a ellos.*
- *Artículo 52: Garantiza el derecho de las personas a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características*
- *Artículo 335: El Estado deberá establecer los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.*
- *Artículo 336: Se asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades.*

*El marco normativo del derecho de la competencia ecuatoriano está conformado por: la Constitución, la LORCPM y su Reglamento y las resoluciones que emita la SCPM de conformidad con sus competencias*¹⁰.

Entonces, la libre competencia se mantiene y se produce cuando las condiciones de competencia son igual para todos los agentes económicos y mientras no exista un recurso “indispensable” o una “facilidad esencial” no procede regular ya que se afecta la competencia de manera negativa y se afecta derechos constitucionales.

Nos causa enorme preocupación que la PNA pretenda desequilibrar la competencia, estableciendo que los recursos de red de un operador son de uso universal por parte de cualquier agente económico, bajo condiciones de costos teóricos inaplicables y sin relación con la inversión realizada. Es decir, corresponde a una expropiación disfrazada en la cual ARCOTEL, en última instancia, dispone el precio (cargos de acceso) por el uso de los recursos privados. Lo que se propone en la PNA en materia de competencia es una enfermedad no un remedio, y sus consecuencias serían fatales para el desarrollo

⁹ OECD (2006) Policy Roubdttables: Access to Key Transport Facilities

¹⁰ <https://www.scpm.gob.ec/sitio/hablemos-de-competencia-seccion/>

del sector de las telecomunicaciones y promover la competencia en base al esfuerzo inversor de los distintos operadores.

1.2 EL CONCEPTO DE RECURSOS INDISPENSABLES O FACILIDADES ESENCIALES

La teoría o doctrina de las Facilidades Esenciales ha sido adoptada en varias legislaciones a nivel global y tiene por objeto favorecer la existencia de mercados eficientes, protegiendo y preservando las condiciones de competencia.

“Cuando una empresa abastecedora posee un insumo indispensable para la prestación de servicios en un mercado final o más cercano al consumidor final,¹¹ y duplicar o sustituir este insumo no es factible desde una perspectiva económica, surge lo que se conoce como una facilidad esencial o “cuello de botella”. La OCDE ofrece una definición más detallada¹²:

“La infraestructura esencial significa que prestar un servicio es sustancialmente más difícil sin acceso a esta infraestructura, y que el propietario monopolista de esta infraestructura encontraría rentable imponer al menos un aumento de precio reducido pero significativo y no transitorio sobre el nivel competitivo para acceder a esta infraestructura”.¹³

Dicho lo anterior, debe entenderse que “La doctrina de las Facilidades Esenciales limita objetivamente la libertad de empresa. La excepción a una de las reglas fundamentales de las economías de libre mercado y que constituye la obligación de contratar con un competidor debe entenderse de forma restrictiva, y teniendo en consideración su equilibrio y aplicación conjunta con la protección de la libre competencia, sin afectar la libertad de empresa ni tampoco a esta última”.¹⁴

Las condiciones para que una facilidad se considere esencial son relativamente estrictas, representando un estándar más alto que la dominancia y, para que se considere facilidad esencial se debe verificar:

- a) Si es probable que la negativa del servicio elimine toda la competencia -por ejemplo, porque es física y económicamente imposible replicar la facilidad o servicio.
- b) Si la facilidad o el servicio es indispensable para el negocio de una empresa igualmente eficiente (es decir, el acceso es esencial, **en lugar de simplemente “nice to have”**).
- c) Si no hay una justificación objetiva para la negativa a suministrar la facilidad o el servicio. Las condiciones para que una facilidad se considere esencial son relativamente estrictas, representando un estándar más alto que la dominancia.

“El objetivo de tal regulación, por lo mismo, es evitar que el controlador (dueño, arrendatario, concesionario, etc.) de un activo de carácter “imprescindible” abuse de su posición, obligándolo en función de la libre competencia a facilitar sus estructuras a los

¹¹ Normalmente, la empresa abastecedora presta servicios de acceso a las empresas en el mercado descendente, mientras que estas atienden o se encuentran más cerca del consumidor final”.

¹² FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA, 24 de agosto 2010 DAF/COMP/LACF(2019)10

¹³ OECD (2006) Policy Roubdttables: Access to Key Transport Facilities

¹⁴ Ugarte Soto, Alfredo “FACILIDADES ESENCIALES Y ABUSO DEPOSICIÓN DOMINANTE”, pág.2, disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000200009

competidores con el propósito de que, en un mercado relevante determinado, ya sea de bienes o servicios, pueda existir una armónica y justa competencia económica entre los distintos actores u operadores. Se busca impedir y sancionar, por ende, las conductas monopólicas abusivas que algunos agentes económicos puedan ejercer ilícitamente y que perjudiquen al consumidor, atentando contra la libre competencia”¹⁵.

“Aunque la definición económica del concepto de facilidad esencial es fácil de describir, su implementación práctica está lejos de ser directa. Existe el riesgo de que una definición demasiado amplia de facilidad esencial socave el proceso competitivo mediante el cual funcionan los mercados. Un principio básico de las economías de mercado es que las empresas tienen la libertad de decidir con qué otras empresas negociar y con qué activos se abren al mercado. A falta de regulación ex ante, generalmente se acepta que la negación del acceso a activos intermedios, incluso si lo hace una empresa dominante, no es ilegal per se y que el acceso obligatorio sólo debería concederse en circunstancias excepcionales”¹⁶.

1.3 REQUISITOS COPULATIVOS DE LAS FACILIDADES ESENCIALES

Para que determinados insumos o infraestructuras de telecomunicaciones sean calificados como Facilidades Esenciales, debe tomarse en consideración ciertos aspectos desarrollados a nivel doctrinario, que de manera concluyente señalan que “El carácter esencial exigido para la aplicación de la teoría en comento comprende dos requisitos copulativos, esto es: (a) que la instalación sea indispensable para que exista competencia, y (b) que esta no pueda ser duplicada o replicada. Esto quiere decir que, al no existir bienes sustitutos y complementarios de la instalación, esta resulta esencial para que exista dicha competencia”. (Subrayado no es parte del documento).

“¿Es económicamente factible duplicar la facilidad esencial? Una vez que el mercado relevante está definido, debemos determinar si sería económicamente factible que un nuevo participante duplicara la facilidad. La duplicación no necesariamente significa que la nueva facilidad deba tener las mismas características que la existente.

Algunas veces, una nueva facilidad puede encontrarse en desventaja con respecto a la existente en términos de costo o de calidad. Si estas diferencias son serias, el participante entrante que construye la nueva facilidad no podrá competir con una empresa propietaria de la facilidad esencial y, por ende, la duplicación no sería económicamente factible. La factibilidad es cuestión de grado y la autoridad relevante, ya sea un organismo regulador o de competencia, debe decidir si la diferencia en atributos da al propietario de la facilidad existente un poder de mercado significativo”¹⁷.

Lo anteriormente señalado nos lleva a señalar inequívocamente que los insumos o infraestructuras que se constituyen en facilidades esenciales deben ser un activo “indispensable” para el desarrollo de la actividad económica, y en especial, que no sea “fácilmente replicable”¹⁸.

¹⁵ Ugarte Soto, Alfredo “FACILIDADES ESENCIALES Y ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE”, pág.2, disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000200009

¹⁶ OECD (2006) Policy Roundtables: Access to Key Transport Facilities // Véase Areeda (1990)

¹⁷ OECD (2006) Policy Roundtables: Access to Key Transport Facilities

¹⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso; RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana (2012) Numeral 172, p. 258.

En conclusión, la regulación de acceso que establece la LOT, debe versar exclusivamente sobre recursos “indispensables” o “facilidades esenciales”, no sobre cualquier recurso de red, pues sobrepasa el límite legal de la facultad regulatoria de ARCOTEL, violenta derechos constitucionales como el de la seguridad jurídica, el derecho a la libertad de empresa y el derecho a la propiedad y además afecta a los propios consumidores al afectar negativamente a la competencia.

1.4 ACUERDO COMERCIAL MULTIPARTES ENTRE ECUADOR Y LA UNIÓN EUROPEA¹⁹

El Acuerdo Multipartes entre Ecuador²⁰ y la Unión Europea (“Acuerdo UE”), publicado en el Registro Oficial Edición Especial No. 808 de 23 de diciembre de 2016, en la Sección 4 “Servicios de Telecomunicaciones” establece:

ARTÍCULO 140

Definiciones

«instalaciones esenciales de telecomunicaciones» significa las instalaciones de una red y servicio público de transporte de telecomunicaciones que:

(a) sean suministradas en forma exclusiva o predominante por un único proveedor o por un número limitado de proveedores; y

(b) no sea factible económica o técnicamente sustituirlas con el objeto de suministrar un servicio; (Subrayado no es parte del Acuerdo)

«proveedor importante» significa un proveedor en el sector de telecomunicaciones que tiene la capacidad de afectar materialmente los términos de participación (que tengan relación con el precio y la oferta) en el mercado relevante para los servicios de telecomunicaciones como resultado del control sobre las instalaciones esenciales o el uso de su posición en el mercado;

ARTÍCULO 142

Obligaciones adicionales de los proveedores importantes

1. De conformidad con la legislación y procedimientos nacionales respectivos establecidos por cada Parte, la autoridad reguladora de cada Parte, cuando sea apropiado, impondrá a proveedores importantes:

(a) obligaciones en materia de transparencia en relación con la interconexión y/o el acceso. Cuando el proveedor importante tenga obligaciones de no discriminación como la prevista en el subpárrafo (b), la autoridad reguladora podrá requerir que el proveedor importante publique una oferta de referencia, que sea lo suficientemente desglosada para garantizar que no se exija a los proveedores pagar por instalaciones que no sean necesarias para el servicio solicitado. Dicha oferta de referencia incluirá asimismo una descripción de las ofertas relevantes

¹⁹ Suscrito el 11 de noviembre del 2016, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 21.12.2012

²⁰ “PROTOCOLO DE ADHESIÓN DEL ECUADOR AL ACUERDO COMERCIAL MULTIPARTES CON LA UNIÓN EUROPEA - COLOMBIA Y PERÚ”, publicado en EL Registro Oficial No. 887, de 22 de Noviembre 2016

subdivididas por componentes de acuerdo con las necesidades del mercado, así como los términos y condiciones correspondientes, incluidos los precios;

(b) obligaciones de no discriminación, en relación con la interconexión y/o el acceso para:

(i) asegurar que los proveedores importantes en su territorio apliquen condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a los proveedores de servicios de telecomunicaciones de otra Parte que suministren servicios equivalentes; y

(ii) servicios e información a otros proveedores bajo las mismas condiciones y de la misma calidad a las suministrados para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados;

(c) obligaciones relativas a la recuperación de costos y al control de precios, incluyendo obligaciones para orientación de precios a costo y obligaciones relativas a los sistemas de contabilidad de costos para el suministro de diferentes tipos de interconexión y/o acceso; y

(d) obligaciones de satisfacer solicitudes razonables de los proveedores de otra Parte de acceso a y uso de elementos específicos de las redes e instalaciones asociadas, inter alia, en situaciones en que la autoridad reguladora considere que la negativa al acceso, así como términos y condiciones no razonables que tengan efecto similar, impedirían el surgimiento de un mercado competitivo sostenible a escala minorista, o no beneficiarían a los usuarios finales.

2. De conformidad con el subpárrafo 1(d), se podrá exigir a los proveedores importantes, inter alia, que:

(a) concedan acceso a terceros a elementos de red y/o instalaciones determinadas;

(b) negocien de buena fe con las empresas que soliciten el acceso;

(c) presten servicios específicos al por mayor para su reventa a terceros;

(d) concedan acceso a interfaces técnicas, protocolos u otras tecnologías claves que sean indispensables para la interoperabilidad de las redes; y permitan, previa solicitud, la interconexión en puntos adicionales distintos a los puntos de terminación de red ofrecidos a la mayoría de los usuarios, sujeto a cargos que reflejen el costo de la construcción de las instalaciones adicionales requeridas;

(e) provean co-ubicación u otras modalidades de compartición de instalaciones, incluyendo torres, postes y ductos;

(f) presten servicios específicos necesarios para garantizar la interoperabilidad de extremo a extremo de servicios a los usuarios, incluyendo las instalaciones para servicios de red inteligente o la itinerancia en redes móviles; y

(g) interconecten redes o instalaciones de redes.

Se evidencia que el Acuerdo Comercial transcrito tiene conceptos iguales a los de LOT, de que se trata de regular el acceso a recursos de red “indispensables” o facilidades esenciales a cargo de un proveedor importante y guarda completa armonía con la doctrina sobre la materia. Sin embargo el PNA se aparta de la obligación de respetar el

Acuerdo Comercial citado y que recaería indebidamente sobre OTECEL S.A. que es propiedad de TELEFONICA S.A. localizada en España.

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia. En el artículo 425 de la CRE consagra el orden jerárquico de aplicación de las normas, el cual es el siguiente: “*La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos*”. Además, la norma *ut supra* señala que, en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, las autoridades administrativas y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

Como se puede apreciar, el Acuerdo UE, que prevalece sobre las leyes ecuatorianas y otras normas nacionales de menor jerarquía (como aquellas que vaya a dictar la ARCOTEL para regular el acceso), contiene disposiciones supraleales, especiales y específicas, entre otras respecto de la definición de instalaciones esenciales de telecomunicaciones, delimitando su alcance a aquellas que “*sean suministradas en forma exclusiva o predominante por un único proveedor o por un número limitado de proveedores*”; es decir, bajo dicha definición cualquier instalación no tiene la característica de “esencial”.

Lo anteriormente señalado, se justifica en el hecho que el proveedor importante puede afectar los términos de participación en el mercado como *resultado del control sobre las instalaciones esenciales*; solo entonces se hace necesaria la intervención estatal a través de la imposición de obligaciones de acceso a los proveedores importantes.

Vale resaltar que el sentido de las precitadas normas supraleales es claro, por lo tanto deben ser atendidas y cumplidas en su tenor literal, resaltando que “*Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales*” tal como lo instituye el principio consagrado en el número 4 del artículo 11 de la CRE, además de que la manifestación de la voluntad común de los Estados como sujetos del Derecho internacional no puede y no debe ser modificada unilateral y arbitrariamente por autoridades administrativas y servidores públicos.

El Acuerdo UE es un Tratado Internacional, por lo tanto, es jerárquicamente superior a cualquier norma del ordenamiento jurídico en general y a la PNA en particular; por ello, las autoridades administrativas y servidores públicos tienen la obligación de cumplir de buena fe así como aplicar de manera directa e inmediata las disposiciones de los instrumentos internacionales bajo el principio *Pacta sunt servanda*, sin que puedan alegar falta de ley o desconocimiento de normas o disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de una norma superior al tenor de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

2. ART. 5 numeral 1, RESPECTO AL PRINCIPIO DE INTERÉS SOCIAL (

La CRE establece de manera expresa los principios que rigen la provisión de los servicios públicos²¹. En concordancia con dichos principios, la LOT dispone:

²¹ CRE. Art. 314 “*El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad,*

“Art. 4.- Principios.- La administración, regulación, control y gestión de los sectores estratégicos de telecomunicaciones y espectro radioeléctrico se realizará de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

La provisión de los servicios públicos de telecomunicaciones responderá a los principios constitucionales de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad así como a los principios de solidaridad, no discriminación, privacidad, acceso universal, transparencia, objetividad, proporcionalidad, uso prioritario para impulsar y fomentar la sociedad de la información y el conocimiento, innovación, precios y tarifas equitativos orientados a costos, uso eficiente de la infraestructura y recursos escasos, neutralidad tecnológica, neutralidad de red y convergencia.”

En lo que respecta a la interconexión y acceso, la LOT establece de manera **expresa y taxativa** los principios específicos y especiales que rigen dichos regímenes:

“Art. 66.- Principios.- La interconexión y el acceso deberán realizarse de conformidad con principios de igualdad, no-discriminación, neutralidad, buena fe, transparencia, publicidad y sobre la base de costos.” (Subrayado no es parte de la LOT)

Como se ha señalado anteriormente, el Art. 425 de la CRE establece el orden jerárquico de aplicación de las normas, siendo los de menor jerarquía *“los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”*²²

Nótese que incluso respecto a la normativa emitida por poderes públicos, existen rangos, en lo que respecta al ámbito de las telecomunicaciones, la LOT establece un orden jerárquico en cuanto a la normativa que emite la ARCOTEL, es así que otorga al Directorio de ARCOTEL, como máximo órgano de regulación, competencia administrativa para *“Aprobar las normas generales para el otorgamiento y extinción de los títulos habilitantes contemplados en esta Ley.”*²³ y de manera general *“Aprobar los reglamentos previstos en esta Ley o los necesarios para su cumplimiento”*²⁴. Por su parte, el Director Ejecutivo tiene competencia de *“Aprobar la normativa para la prestación de cada uno de los servicios de telecomunicaciones, en los que se incluirán los aspectos técnicos, económicos, de acceso y legales, así como los requisitos, contenido, términos, condiciones y plazos de los títulos habilitantes y cualquier otro aspecto necesario para el cumplimiento de los objetivos de esta Ley”*²⁵.

Dicho lo anterior, las normas técnicas que emite el Director Ejecutivo se encuentran en el último peldaño de la pirámide jerárquica, por lo que sus disposiciones deben guardar

regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación”.

²² CRE. “Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.”

²³ LOT. Art. 146, numeral 1

²⁴ LOT. Art. 146, numeral 7

²⁵ LOT. Art. 148, numeral 4

unidad y coherencia con todo el andamiaje jurídico, acatando y no contradiciendo ninguna norma superior.

Bajo dicho análisis, observamos con preocupación que la PNA apartándose de los principios legales aplicables al régimen de acceso, introduce en el Art. 5, numeral 1 el principio de “*interés social*”, extralimitándose en el alcance de una norma técnica, que debe desarrollar el régimen de acceso, ciñéndose estrictamente a los principios existentes en las normas de superior jerarquía, esto es la LOT.

Adicional a lo señalado respecto a la improcedencia de introducir nuevos principios, sin que exista sustento legal para ello, hacemos notar a su autoridad, que se ha incurrido en un error conceptual en la denominación del principio establecido en el Art. 5, numeral 1 de la PNA, pues se establece que el acceso se lo hará *anteponiendo el interés social al interés particular*, sin que exista norma que ampare tal prevalencia.

Ahora bien, si lo que se pretende es incluir como principio de la PNA el “interés general” que por norma constitucional prevalece sobre el interés particular²⁶, debe también tomarse en consideración el Art. 85 de la CRE que consagra lo siguiente:

*“Art. 85.- La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:
(...) 2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.”*

Sin embargo, la PNA no establece las medidas alternativas para la conciliación de los derechos en conflicto - derecho a libertad de empresa y derecho a la propiedad -.

Cabe señalar que, aun cuando existe la prevalencia del interés general “*se traduce en una ventaja provisional dentro de una ponderación frente al interés privados, dicha ventaja es solo a primera vista, por es posible que las particularidades específicas del supuesto en que el interés público deba aplicarse determinen la resolución definitiva del caso y, por ello es admisible la idea consistente en que el interés público puede ceder frente al interés privado, lo que es igual, puede ser limitado cuando existan razones con mayor peso. El interés público, también es objeto de balance y por ello deber satisfacer la debida proporcionalidad en su aplicación.*”²⁷.

Finalmente, debe considerarse que la CRE en su Art. 323 menciona el interés social, pues al referirse a la expropiación de bienes, señala que “*por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación*”. Dicho lo anterior, parecería que ARCOTEL al introducir sin motivación ni mayor explicación el principio de “interés social”, pretende dejar sentadas las bases

²⁶ CRE. “Art. Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 7. Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir.”

²⁷ Corte Suprema de Justicia de El Salvador

<https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBodega/E/1/2020-2029/2020/07/DEE0C.HTML>

para eventuales expropiaciones en el sector, causando una enorme preocupación e incertidumbre jurídica, lo cual tiene como resultado un desincentivo a las inversiones.

En definitiva, no queda clara la definición, naturaleza, alcance, connotación y motivación del principio “interés social”, introducido en la PNA.

En conclusión: corresponde eliminar el principio “interés social” que consta en el Art. 5, numeral 7 de la PNA, por cuanto no se encuentra contemplado en el ordenamiento jurídico, que establece de manera expresa los principios aplicables al régimen de acceso.

3. Art. 5 numeral 7 y Art. 49 y 50 de la PNA RESPECTO DE LOS CARGOS DE ACCESO A RECURSOS INDISPENSABLES O FACILIDADES ESENCIALES

De acuerdo con la PNA los cargos de acceso deberán fijarse conforme el principio de costos eficientes definidos en el Art 5 numeral 7 y Artículo 50 de dicha propuesta. Al respecto se indica que, el establecimiento de cargos de acceso debe orientarse a “costos eficientes”, los que consideran *“únicamente aquellos costos incurridos en el proceso de producción de un bien o servicio, que correspondan a una situación de competencia y que incluya una utilidad razonable (...)”*.

Esta propuesta que realiza ARCOTEL, llevada a la teoría económica, implica que los cargos de acceso se fijarán conforme una situación meramente teórica en la que se asume que no hay ninguna distorsión en el funcionamiento del mercado y que el cargo de acceso es igual a los costos marginales de producción (i.e., costos incurridos en el proceso de producción). Sin embargo, bajo este criterio la empresa incumbente (o empresa solicitada) solo recuperaría los costos variables e incurriría en pérdidas iguales a los costos fijos de inversión. Por otra parte, debe considerarse el hecho de que la mayor parte de las facilidades esenciales están caracterizadas por economías de escala y de alcance, lo que impediría que la facilidad genere el suficiente ingreso para cubrir sus costos (inversión) si los cargos de acceso se establecen al costo marginal.

En suma, este planteamiento teórico del Art. 5 numeral 7 de la PNA conduciría a una situación financiera insostenible para la empresa incumbente dueña del insumo indispensable o la infraestructura calificada como facilidad esencial, por lo que necesita replantearse a fin de que el cargo de acceso a una facilidad esencial se calcule en un entorno libre de riesgo para el operador solicitado.

Algunos enfoques alternativos propuestos han sido los precios de Ramsey o esquemas como la RPCE (Regla de precios del componente eficiente²⁸). Sin embargo, ambos enfoques adolecen de problemas en su implementación práctica. El primero (precios de Ramsey) lleva a resultados potencialmente complejos²⁹ y a soluciones subóptimas en la medida en la que involucra establecer el cargo de acceso sobre el costo marginal³⁰. En cuanto al segundo enfoque (precios RPCE) si bien resulta en una forma más sencilla de

²⁸ Este esquema de precios también se conoce como la regla Baumol-Willig o regla de la paridad. Bajo este enfoque de precios se supone que los productos finales son homogéneos y que el mercado es contestable. En tal sentido, propone que el cargo por acceso debe considerar: (i) el costo directo asociado a la prestación del servicio de acceso (c_0), y (ii) el costo de oportunidad en el cual incurre la empresa establecida ($p - c_1 - c_0$); es decir, que los cargos de acceso se fijan como sigue: $a = c_0 + (p - c_1 - c_0)$

²⁹ BID, OCDE, Coprocom (2010). Foro Latinoamericano de Competencia: Sesión I: Principios de competencia en facilidades esenciales. Parr. 49

³⁰ Ibid. Párr. 50.

calcular el costo de acceso, ha sido objeto de crítica por ser poco flexible para los reguladores al momento de querer realizar ajustes en los cargos de acceso³¹.

Un enfoque propuesto por la OCDE para resolver el problema del faltante de ingresos (cuando los cargos se igualan al costo marginal como propone ARCOTEL) sin poner en riesgo la eficiencia, consiste en el establecimiento de una tarifa en dos partes. Al respecto, la OCDE propone una tarifa en dos partes denominada “el precio de acceso basado en la capacidad”. En este caso, *“las empresas descendentes (mercado aguas abajo) compran por adelantado la capacidad de acceso. El precio marginal del uso se establece como igual al costo marginal del acceso siempre que la empresa competitiva adquiera menos que el nivel de capacidad que compró. Este enfoque no confiere ventajas a las empresas descendentes que atienden a un número mayor de clientes, ya que estas empresas tendrían que comprar más capacidad de acceso”*³².

Este esquema de tarifa en dos partes permite incluso estructurar el componente fijo de tal forma que *“se induzca una carrera” entre los participantes del mercado dispuestos a crear la infraestructura, lo que trae consigo intercambios entre los incentivos a invertir y la competencia para generar niveles óptimos de suministro y uso de las facilidades esenciales*”, aspecto que ha sido analizado por Gans (2001)³³.

Este esquema tarifario de acceso basado en la capacidad cobra aún más relevancia en industrias donde el principal factor del costo de una red es la capacidad de esta para transportar tráfico. En estos casos, tiene sentido basar los precios de acceso en la capacidad permitida a los competidores.

La fijación de precios basada en la capacidad es una forma de tarifa de varias partes, en la que la parte fija de la tarifa es proporcional a la cantidad de capacidad a la que se concede acceso al competidor, y la parte variable es proporcional al uso o consumo de los servicios. Bajo este esquema, la facilidad esencial se comparte entre muchas empresas competidoras sin que ninguna de ellas tenga que incurrir por sí sola en todos los costos fijos de construir la instalación³⁴; lo que resulta particularmente importante si consideramos un escenario posible en el que la facilidad esencial requerida no cuenta con capacidad adicional o suficiente para otorgar el acceso, lo que implica que la única forma de proveer acceso a la misma es que el operador solicitante, incurra y sea participe de los costos e inversiones en las que incurriría el incumbente para “construir” esa capacidad adicional en la instalación.

Por lo expuesto, un enfoque basado en la capacidad parece lógico y eficiente para la fijación de cargos de acceso, sobre todo en industrias como la de telecomunicaciones, en las que la capacidad de la red es un factor clave de costos.

Una vez aclarado el tema de los costos eficientes, observamos además otro aspecto importante de la PNA señalado en el Art. 49 literal a) que considera que en la determinación de cargos de acceso debe considerarse *“el uso de las tecnologías equivalentes más eficientes disponibles en el mercado en el momento de efectuar el cálculo de dichos costos”*. Sin embargo, la imposición de este criterio carece de lógica jurídica y

³¹ Ibid. Párr. 49.

³² Ibid. Párr. 51.

³³ Ibid. Párr. 53

³⁴ OCDE (2004). Access Pricing, Pág., 97-98. Disponible en: <https://www.oecd.org/regreform/sectors/18645197.pdf>

técnica puesto que si se puede duplicar una facilidad indispensable o esencial con una nueva tecnología a un menor costo, entonces ya no es una facilidad indispensable o esencial.

En conclusión, la propuesta del PNA carece de pertinencia con la doctrina y el Acuerdo Comercial entre Ecuador y la Unión Europea. Una facilidad indispensable o esencial por definición debe ser irremplazable en lo económico y en lo técnico. De existir dicha “tecnología equivalente más eficiente”, significa que la infraestructura calificada como esencial no merecía dicho calificativo o que hubo un error en su consideración. Por otro, el costo de un recurso de red indispensable es por capacidad. Siendo esencial, solo es posible acceder, de ser técnicamente factible, a una determinada capacidad con sus respectivos límites técnicos.

4. ART. 19 DE LA PNA SOBRE CONSIDERACIONES TÉCNICAS

La PNA en el Art. 19 señala que es obligación de los prestadores mantener disponible la capacidad acordada y realizar ampliaciones en sus instalaciones, plataformas o sistemas, a fin de cumplir con su responsabilidad en la preservación de los niveles de calidad del servicio, ante el aumento de tráfico que pueda producirse en las diversas partes de sus redes como consecuencia del acceso. La obligación se aplicaría sin que el operador se pueda negar a realizarla, aunque sea técnica y económicamente inviable.

“¿Resulta factible para el propietario de la facilidad esencial ofrecer acceso a terceros? Si la facilidad satisface los criterios económicos para calificar como esencial, debe existir una evaluación en torno a si resulta factible compartir la facilidad con otras empresas. Las incompatibilidades técnicas, las limitaciones de capacidad y los costos de congestión u otras razones comerciales legítimas podrían hacer que el otorgar acceso a la facilidad fuera muy costoso o, en última instancia, impracticable.³⁵ Es necesario ejercer cierta prudencia al evaluar las imposibilidades técnicas para compartir una facilidad. (...) La solución en estos casos reside en hacer alguna porción de la infraestructura disponible para los nuevos entrantes”³⁶.

Entonces, un recurso indispensable o facilidad esencial debe ser técnicamente viable para ofrecer una capacidad disponible, por ello el Art. 30 menciona que debe ser calificada por ARCOTEL.

En la PNA se exige que el propietario del recurso indispensable o facilidad esencial queda sujeto a la obligación de incrementar la capacidad en 90 días debido a aumentos de tráfico. Ni aumentos ni decrementos tienen sentido cuando se establece un acuerdo de acceso que se acuerda por “capacidad”. Es decir, la capacidad es el límite del uso del recurso indispensable. Un incremento de capacidad (de ser técnicamente factible) por cualquier causa requiere que se establezca las nuevas condiciones en caso de ser viable. Un aumento de capacidad, más allá de la fijada en el acuerdo, pone en riesgo el uso del propio recurso indispensable, afectando la competencia y calidad de los dos prestadores del servicio. Entonces, establecer 90 días como obligación de aumento de calidad es impertinente, puesto que es una condición que modifica subjetiva y unilateralmente el acuerdo de acceso y además generaliza un plazo que no guarda relación alguna con la realidad en el desarrollo de las redes de telecomunicaciones:

³⁵ Es obvio que el riesgo de perder clientes debido a la competencia no puede ser razón legítima para rehusar el acceso.

³⁶ OECD (2006) Policy Roundtables: Access to Key Transport Facilities

- a) Un recurso indispensable podría estar limitado en función del espectro concesionado y disponible. Un aumento de tráfico se debería resolver con más espectro, cuya variedad (bandas bajas, medias y altas) y cantidad (ancho de banda) es indispensable para el desarrollo y calidad del servicio de banda ancha, cuyo tráfico, del propio prestador de servicios, crece exponencialmente (se estima que del 2023 al 2028 el tráfico crecerá anualmente en 28%³⁷ y que los operadores debería disponer de al menos 300Mhz de espectro adicional³⁸). Un operador puede atenuar transitoriamente, aunque es absolutamente ineficiente ya que se encarece la prestación del servicio, subdividiendo celdas. Muy posiblemente no será técnicamente viable ya que hay zonas geográficas con alta densidad de radiobases y no es posible subdividir celdas ni encontrar espacios para su instalación. En todo caso para el acuerdo sería nuevos recursos y deben fijarse las nuevas condiciones en función de la capacidad que se pueda asignar.
- b) En los componentes técnicos de red no existe aumentos de capacidad de forma lineal o en función de tráfico. Los incrementos de capacidad, que ofrecen los suministradores de recursos, son por saltos discontinuos. Entonces, si por aumento de tráfico se requiere (de ser técnicamente viable) un aumento discontinuo de capacidad, se genera un nuevo costo que modifica el acuerdo de acceso. Ante un aumento discontinuo de capacidad el costo es independiente al tráfico cursado o no.
- c) Los recursos de red de conformidad con la LOT son propios o de terceros. Los recursos de terceros no podrían estar sujetos a una obligación de aumentar capacidad por causa del incremento de tráfico de un tercero. Es más el recurso de red propio o del tercero podría estar al límite de su capacidad, sin opción de incremento, como podría ser el transporte submarino, satelital, transmisión nacional por micro-ondas o fibra óptica, etc. En todo caso, el aumento de capacidad sobre un recurso de red indispensable es materia de modificar el acuerdo de ser técnicamente viable.
- d) Los recursos de red indispensables, propios y terceros están amparados por el principio de neutralidad tecnológica. En tal sentido, los propietarios del recurso pueden a su discreción modificar o reemplazar una tecnología. Entonces, no se puede obligar a ampliar la capacidad de un recurso cuando existe un derecho del propietario de continuar invirtiendo en ese recurso o no. Precisamente de eso se trata la competencia y no encaja imponer una camisa de fuerza regulatorios sobre la libertad de empresa, de competencia y de gestión de sus recursos de red.

En conclusión, en el acuerdo de acceso se establece sobre el uso de una determinada capacidad del recurso de red indispensable, acotado al control de tráfico y de las condiciones técnicas de operación para no superar dicha capacidad. Es decir, lo contrario a lo que propone el PNA que además contradice la LOT³⁹. Los aumentos de

³⁷ En la operación de OTECEL se advierte un incremento anual del 25% de tráfico en el 2021 y 2022

³⁸ Proyección de Ericsson y estudio de NERA de un mercado de dos caras

³⁹ LOT. Art. 22, numeral 18. *“Los prestadores pueden implementar las acciones técnicas que consideren necesarias para la adecuada administración de la red en el exclusivo ámbito de las actividades que le fueron habilitadas, para efectos de garantizar el servicio”*

capacidad, siempre que sean técnicamente viables y no afecte la neutralidad tecnológica, necesariamente son materia de adendas al acuerdo de acceso para definir los costos de uso y las condiciones técnicas.

5. ART. 20 y DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA, SOBRE EL ESTABLECIMIENTO Y DISPONIBILIDAD DE LAS OFERTAS BASICAS DE ACCESO.

La PNA establece que los operadores deben tener disponibles las correspondientes ofertas básicas de acceso (“OBA”) en un término de 90 días contados desde la entrada en vigencia de dicha regulación.

Sin embargo, al no existir una calificación de las facilidades esenciales o elementos indispensables, no hay forma de desarrollar una OBA. Se requiere ineludiblemente conocer de qué recursos de red se trata, sus particularidades técnicas, la capacidad requerida de ser viable, etc. Se podría desarrollar la OBA solo en los aspectos legales y nada con respecto a lo técnico y económico, ya que si no hay demanda no se sabe que ofertar. Mencionar un método para establecer costos en una en la OBA no es una oferta y resulta impertinente.

“Un mecanismo semejante de establecimiento de precios ignora el hecho de que los inversionistas que construyeron la facilidad en un inicio se vieron expuestos ex ante a pérdidas significativas si su inversión no resultaba exitosa. El enfoque de establecimiento de precios crea lo que Hausman (1999) llama una "opción de oferta libre" para los entrantes. Estas empresas solicitarán acceso y pagarán un precio con base en costos el uso del activo sólo si el producto resulta exitoso, mientras que el dueño de la facilidad tiene que asumir todo el riesgo de la innovación ex ante”⁴⁰.

En conclusión, ante el hecho de que no existe los criterios para calificar el recurso indispensable o facilidad esencial y luego señalar con precisión cuales serían esos recursos de red, estamos ante un hecho inexistente y se puede desarrollar una OBA sobre una demanda inexistente. Una OBA es entendida como “el documento donde constan las condiciones legales, técnicas, económicas y comerciales que el prestador solicitado pone a disposición del prestador solicitante del acceso”⁴¹. No puede existir oferta sobre recursos de red ni no existe la demanda de estos recursos.

II. CONSIDERACIONES FINALES

Si bien ARCOTEL posee potestades regulatorias en materia de telecomunicaciones de conformidad con lo establecido en la LOT, dicha competencia en lo que se refiere a regular el acceso, solo debe ser ejercida en cumplimiento del límite de la LOT y respetando los principios y derechos constitucionales.

Como se señaló anteriormente, la PNA no observa el orden jerárquico de aplicación de las normas, pues en una evidente extralimitación de competencias, sobrepasa los límites establecidos para la regulación de acceso, en franca contraposición con lo preceptuado en el Art. 277 de la CRE que establece como deber general del Estado “Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e

⁴⁰ OECD (2006) Policy Roubdttables: Access to Key Transport Facilities

⁴¹ PNA. Art. 4.

instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley". La PNA ignora y omite la existencia de normas constitucionales que garantizan el derecho a la libertad de empresa⁴² y a la propiedad⁴³ y crea e inventa un principio inexistente en la normativa de "interés social" sin observar lo prescrito en el Art. 85 de la CRE.

Sorprende el criterio asumido de que no se requiere un Análisis de Impacto Regulatorio – AIR, bajo el argumento que *"responde a una disposición establecida en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que determina que el acceso estará sujeto a la normativa que emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones"*⁴⁴, pues el AIR más allá de ser una obligación establecida en la política de Estado de mejora regulatoria⁴⁵, tiene por finalidad explicar y justificar las decisiones regulatorias, forma parte de la rendición de cuentas gubernamental hacia la sociedad, reduce la discrecionalidad y es uno de los pilares fundamentales de un proceso de toma de decisiones legítimo, transparente, predecible y efectivo. Precisamente los estudios previos (ex ante) permiten buscar la mejor alternativa de intervención, con el objetivo de obtener el mayor beneficio social al menor costo regulatorio posible.

III. PETICIÓN

Por lo aquí expuesto, objetamos la PNA en su totalidad por adolecer de vicios de inconstitucionalidad, por desconocer tratados internacionales, por violentar preceptos legales, por no considerar principios doctrinarios ampliamente reconocidos y aplicados en materia de competencia; y por ser técnica y financieramente inviable; razón por la cual solicitamos sea archivada.

Adicionalmente, nos permitimos manifestar nuestra predisposición de apoyar en la construcción de la regulación de acceso que promueva la inversión, la competencia y genere seguridad, previsibilidad y certeza jurídica.

Ratificamos el compromiso de OTECEL S.A., una empresa de TELEFONICA S.A., para conectar vidas y emociones y, así, empoderar a las personas con una experiencia digital extraordinaria, con integridad, transparencia y enfoque de impacto social.

Atentamente,

Hernán Ordóñez
Vicepresidente Regulatorio
OTECEL S.A.

⁴² CRE: "Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental."

⁴³ CRE: "Art. 321.- El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental."

⁴⁴ Oficio Nro. ARCOTEL-ARCOTEL-2023-0262-OF de 06 de junio de 2023

⁴⁵ Decreto Ejecutivo 1204 de 4 de diciembre de 2020.