



Quito, 11 de septiembre de 2023

Oficio DR-0838-2023

Señor Magíster
Juan Carlos Soria
Director Ejecutivo
AGENCIA DE REGULACION Y CONTROL DE TELECOMUNICACIONES
ARCOTEL
Presente.-

De mi consideración:

Por medio de la presente, me dirijo a usted a fin de hacerle llegar mis cordiales saludos y a su vez en atención a la Propuesta de “Norma Técnica de Acceso” objeto de socialización por parte de ARCOTEL, CONECEL S.A. pone a consideración de la autoridad las observaciones y criterios jurídico-técnicos respecto de este Proyecto Normativo, que se adjuntan en el Formulario “Anexo de Observaciones” facilitado por la Autoridad y a continuación se permite ampliar las siguientes:

1. La obligatoriedad del Acceso y las regulaciones ex ante, incluyendo la intervención regulatoria en materia económica, no pueden quedar abiertas a cualquier tipo de prestación mayorista y deben limitarse exclusivamente al ámbito de las facilidades esenciales que fuesen indispensables para el desarrollo de mercados relevantes en los que exista ausencia de competencia efectiva.

Actualmente existen diversos mercados mayoristas abiertos a la competencia y en los que no existe control sobre facilidades esenciales, en donde la fijación de la obligatoriedad de sujetar el Acceso a una eventual intervención regulatoria en materia económica, no solamente generaría distorsiones que claramente afectarían negativamente el entorno necesario para la atracción de inversiones en infraestructura de telecomunicaciones en Ecuador, sino además, sería contrario al marco legal vigente cuando éste se observa en su integralidad.

Si bien es cierto que el Acceso pactado libremente entre operadores que participan en los mercados mayoristas abiertos a la competencia se encuentra condicionado al cumplimiento de las obligaciones generales de prestación de estos servicios en condiciones de transparencia y no discriminación, también lo es el hecho de que no existe disposición jurídica alguna que justifique una intervención ex ante, ni que sujete estas relaciones a una intervención regulatoria en materia económica. De ahí, que el



objeto y ámbito de aplicación del proyecto de reglamento de Acceso, al tratarse de un instrumento de regulación ex ante, debería limitarse a lo siguiente:

- a. Establecer como objeto el desarrollo del régimen de Acceso a los Recursos de Red sujetos a las regulaciones “ex ante” previstas en el ordenamiento jurídico vigente.
- b. Definir su aplicación a las personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, poseedoras de Recursos de Red sujetos a las regulaciones “ex ante” previstas en el ordenamiento jurídico vigente.

Entendiendo como Recursos de Red en el ámbito del presente reglamento *“...aquellos elementos indispensables de una Facilidad Esencial para permitir la prestación de servicios del régimen general de telecomunicaciones; por parte de un prestador a través de la red de otro prestador”*

2. La intención de excluir a los operadores con poder de mercado o preponderantes, del derecho de obtener una retribución económica por los servicios prestados en el ámbito del acceso, sería claramente inconstitucional, confiscatoria y contraria al propio derecho de competencia vigente en Ecuador.

Desde el punto de vista técnico, tampoco puede extrapolarse al ámbito del Acceso la posibilidad de fijar cargos a valor cero contemplada exclusivamente para el ámbito de la Interconexión, donde existen contraprestaciones recíprocas y usualmente balanceadas o con tendencia a nivelarse en el corto plazo, entre operadores que controlan mutuamente sus propias Facilidades Esenciales. En el ámbito del Acceso la contraprestación es unilateral y salvo en el caso de las Facilidades Esenciales, representa una alternativa para el Operador Solicitante, respecto a su decisión de invertir o de no hacerlo.

Adicionalmente, mi representada considera improcedente que en el presente reglamento de Acceso que es de aplicación general, se anticipen criterios y se establezcan disposiciones sobre regulaciones asimétricas que son ajenas a la materia del Acceso, por tratarse de actos administrativos que se tendrían que ejecutar en el futuro, derivados del reglamento de mercados.

Con el propósito de sustentar las observaciones anteriores, en este documento nos permitimos abordar esencialmente lo siguiente:

1. Las diferencias entre acceso e interconexión a efectos de su regulación.
2. Las obligaciones especiales ex ante en materia de acceso y su sujeción a intervención regulatoria en materia económica, solamente proceden luego de haberse determinado un elemento como facilidad esencial y ante la ausencia de competencia efectiva conforme la regulación vigente.



3. Algunas disposiciones del Proyecto de Norma Técnica exceden los ámbitos de una regulación técnica invadiendo aspectos que corresponden a otros Reglamentos, en particular, el Reglamento de Mercados.

- I. **Las diferencias entre acceso e interconexión a efectos de su regulación.**

Aunque el ordenamiento jurídico vigente establece procedimientos similares para el caso del acceso y la interconexión, estos dos regímenes son diferentes entre sí:

La regulación ex ante del acceso y en especial en materia de intervención económica, requiere que un determinado elemento de red o servicio con fines de prestación de servicios de telecomunicaciones **haya sido calificado como una facilidad esencial necesaria**, según los art. 28 y 30¹ de la LOT. En cambio, la interconexión es por naturaleza esencial y por ende sujeta a un alto grado de regulación ex ante, incluyendo su sujeción a la intervención económica por parte del regulador.

El art. 66 de la LOT define expresamente al acceso reiterando que éste aplica sobre elementos que se consideren indispensables o esenciales para la interoperabilidad de los servicios o redes de telecomunicaciones, y establece como disposición general específicamente la obligación de cumplir con los principios de transparencia y no discriminación, diciendo:

“Art. 66. 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.”

Por su parte, la LOT en su art. 69 establece la “obligación de interconectarse”, mientras en materia de acceso establece la “obligación de permitir el acceso” (no de “acceder”), la cual, mediante un análisis integral de la regulación vigente, se sujeta de manera general únicamente a los principios de transparencia y no discriminación, concibiendo la regulación especial ex ante en materia de regulación económica para aquellos recursos de red calificados como facilidades esenciales:

¹ **Art. 30.- Regulación del acceso.** Consistente en asegurar el acceso no discriminatorio a los insumos necesarios, en especial a infraestructuras que se califiquen como facilidades esenciales



*“Art. 69.- Los prestadores de servicios de telecomunicaciones que operen o controlen redes públicas de telecomunicaciones **tienen la obligación de interconectarse** con otras redes públicas de telecomunicaciones **y permitir el acceso a otros prestadores** de servicios de telecomunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley, su Reglamento General y las regulaciones correspondientes. A tal efecto, deberán poseer diseños de arquitectura de red abierta que permitan la interconexión y la interoperabilidad de sus redes y el acceso a las mismas.” (El énfasis me pertenece)*

Del texto de la norma se aprecia que el legislador utilizó verbos distintos. En el caso de la interconexión la norma es clara al establecer una obligación absoluta: todos los operadores tienen la obligación de estar interconectados, en todo tiempo y de forma incondicional. En cambio, en el caso del acceso, los operadores tienen la obligación de permitirlo, mas no están obligados a mantenerse siempre comunicados a nivel de acceso.

A su vez, esto tiene un fundamento técnico y lógico: la interconexión es permanente y bidireccional, mientras que el acceso es unidireccional y no es permanente, así, mientras en el caso de la interconexión los operadores deben estar en todo momento interconectados, en el caso del acceso un operador debe solicitarlo respecto de un determinado elemento de la red que por sus especiales circunstancias resulta no ser duplicable técnica o económicamente.

Así, en materia de interconexión, se justifican la intervención ex ante y la regulación económica debido a que cada operador -independientemente de su participación en el mercado- es dueño de su red, siendo indispensable e insustituible el que otros operadores puedan interconectarse a ella a fin de que el tráfico *off-net* generado desde una red pueda concluir en la otra. Sin esta interconexión, una llamada o mensaje generado en una red no podría concluir en la otra.

Entonces, mientras la obligación de interconexión es de carácter absoluto, la obligación de permitir el acceso es una obligación de tipo condicional: el operador tiene la obligación de mantener a disposición de otros los elementos de su red, pero el mismo se vuelve obligatorio solamente a condición de que ciertos elementos de red sean calificados como facilidades esenciales.

La interconexión es entonces la unión de las redes y servicios públicos de telecomunicaciones cuya finalidad es que los usuarios de una red u operador se comuniquen con los usuarios de otra red u operador². Sin ella, los usuarios de una red solamente podrían comunicarse con los usuarios de la misma red (tráfico *on-net*).

² Nakagawa, Virginia. *Interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones: real acceso a la competencia*. Themis. P. 299-300. Disponible en: <file:///Users/fabianpozo/Downloads/Dialnet-InterconexionDeRedesYServiciosPublicosDeTelecomuni-5110357.pdf>



Esta interconexión se da en un punto determinado (*Punto de Interconexión*), el cual se convierte en una **instalación esencial no replicable**, indistintamente del tamaño del operador.

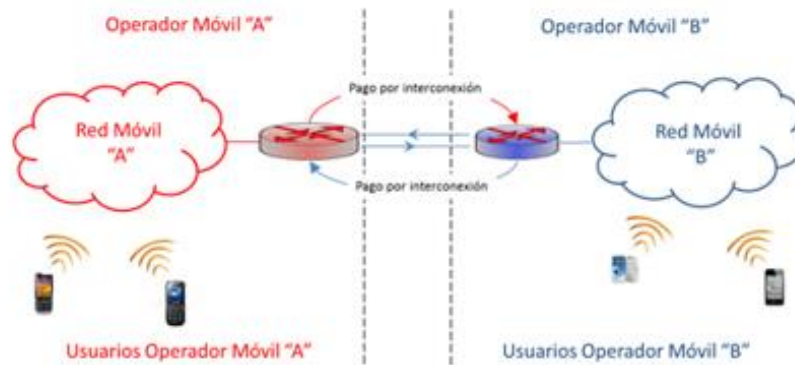


Figura 1. Interconexión de red móvil a red móvil

Esta interconexión se manifiesta en un conjunto de acuerdos entre empresas de servicios de telecomunicaciones que permite que los usuarios de sus redes se comuniquen presentándose como una red integrada que satisface las necesidades de los mismos.

Producto de esta interconexión e interoperabilidad entre las redes, existe una contraprestación económica en ambos sentidos conocida como **cargo de interconexión**. Generalmente, se produce un cruce o "neteo" de tráficos que tienden a ser equilibrados o balanceados, generando un costo que tiende a su valor marginal en la medida que el precio del desbalance neto se diluye entre los volúmenes totales de tráfico cursado a través de la interconexión en ambas vías.

En síntesis, este régimen asegura en cualquier punto técnicamente viable de la red de los operadores de telecomunicaciones, establecer un intercambio de tráfico entre las mismas, de manera que los usuarios de una red puedan terminar sus llamadas en usuarios de una segunda red y viceversa.

Esta circunstancia vuelve esencial e indispensable la interconexión para efectos de competencia, sin interconexión no existe competencia efectiva posible, dado que sería imposible desarrollar la universalidad de los servicios en el mercado, si los usuarios de un operador no pudiesen comunicarse con los usuarios del otro.

Por esta condición, la legislación vigente impone obligaciones ex ante de interconexión que se manifiestan en: i) acuerdos ii) que son regulados, iii) cuya negociación es sujeta a supervisión regulatoria, iv) que, a falta de acuerdo, puede ser dispuesta mediante un mandato de interconexión por parte del regulador y que además a este tiene la facultad

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 oficinas: jycaastro@claro.com.ec



de intervenir e incluso regular o imponer cargos de interconexión, mediante disposiciones que sustituyen excepcionalmente a la libre voluntad de las partes.

Esta esencialidad es el fundamento técnico-económico de la obligación de interconexión.

El acceso por otro lado es conforme el art. 68 de la LOT “*la puesta a disposición*” por parte de un operador a otro, de recursos físicos y/o lógicos de su red para la provisión de servicios. El acceso implica el uso de las redes de un operador, como alternativa a las inversiones en las que debe incurrir otro operador para la prestación de sus servicios. El acceso también es una alternativa para poder dar cobertura a determinada unidad geográfica para lo cual se requeriría de inversiones en infraestructura propia que podrían evitarse frente a la opción del acceso, más aún cuando se trate de mercados mayoristas en competencia y por consiguiente, a precios eficientes.

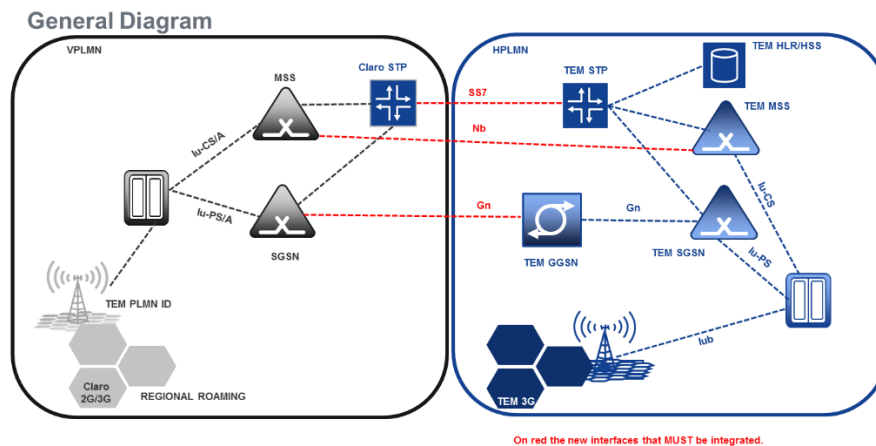


Figura 2. Roaming Nacional

El acceso, está en continua evolución y depende por supuesto de las necesidades de los operadores que optan por esta figura en lugar de la inversión, los cuales pueden ubicarse tanto en los eslabones de la cadena de valor, como en los aspectos de soporte o acceso a elementos pasivos, viéndose condicionado en algunos casos por los cambios en la tecnología, surgimiento de innovaciones técnicas, capacidades y demás factores propios de la operación de una red de telecomunicaciones, que en un determinado momento puede tornarse en una instalación o facilidad esencial.

Por tanto, el acceso constituye una situación excepcional en la que un operador hace uso de recursos de otro, en lugar de invertir en desplegar recursos propios.

Por esto, a diferencia de la interconexión, el acceso a otros elementos de red no posee la referida característica de esencialidad irreplicable, salvo casos en que dichos elementos hayan sido calificados como facilidades esenciales indispensables y se



hayan encontrado condiciones particulares exógenas que distorsionen o impidan la competencia efectiva, deteriorando el bienestar general agregado.

El acceso a otros activos o elementos distintos de la interconexión entre redes consiste en permitir a un operador utilizar activos de otro, de manera que el operador que accede a éstos no requiera realizar determinadas inversiones que le permitirían alcanzar el mismo objetivo. Es decir, por principio, estos otros elementos no son insustituibles o irreplicables pues podrían -por regla general- ser desplegados mediante inversiones propias del operador y en la mayoría de los casos se encuentran como ofertas comerciales mayoristas en los mercados en competencia.

Dado que cada operador es legal y contractualmente responsable de sus propios despliegues e inversiones, la legislación no impone la obligación de compartirlos, sino la obligación de permitir acceder a ellos en condiciones de transparencia y no discriminación, salvo en el caso de las facilidades esenciales dentro de mercados relevantes donde exista ausencia de competencia efectiva y por consiguiente, se justifique la intervención ex ante y la regulación económica. De lo contrario, no existirían incentivos para realizar inversiones en nuevos despliegues de cobertura, pues un operador razonablemente esperaría a que otro realice el despliegue e inversión primero, generándose una situación de parálisis que iría en detrimento del interés y bienestar general.

En el caso de la interconexión, por su esencialidad es susceptible también de regulación ex ante en materia económica, y, por su condición de bilateralidad, procede la regulación de cargos tanto ex ante como ex post. En cambio, en materia de acceso, dado que es excepcional y no es bilateral, la regulación de cargos procede solamente en forma excepcional, pues de lo contrario significaría expropiar las inversiones del operador al que se impone la condición de acceso, quien, en el evento de que acuerde o se le disponga el mismo, recibe como única retribución un cargo de acceso que no es "neteable" contra ningún otro valor, por la propia característica de unilateralidad del acceso.

En consecuencia, la interconexión y el acceso difieren sustancialmente en su naturaleza y en su tratamiento regulatorio. La interconexión es mandatoria y obligatoria por regla general, debido a que es naturalmente esencial e irreplicable, mientras que el acceso representa una alternativa a las inversiones propias en activos de naturaleza replicable, salvo en el caso de las facilidades esenciales.

La interconexión no está sujeta a condiciones, ni a disponibilidad, dado que no se agota ni depende de las capacidades disponibles. En cambio, el acceso a otros elementos distintos de la interconexión depende de la disponibilidad y capacidades técnicas de los mismos.

Por estas razones, en palabras de Callol García, al analizar el régimen español de acceso:



“...La verificación de los requisitos para que surja el deber de acceso a las redes va acompañada de juicios de valor de corte técnico y económico por parte del regulador, que pueden generar una notable inseguridad jurídica. El regulador debe intervenir en los supuestos en que resulte verdaderamente necesario el acceso por imposibilidad técnica o económica de una empresa para crear su propia red. Por el contrario, el regulador deberá abstenerse de intervenir cuando se pretenda el acceso con la sola finalidad de ahorrar inversión en inmovilizado, sin que exista verdadera imposibilidad para construir la red propia.

En efecto, conviene guardarse contra los excesos garantistas para los nuevos entrantes. Un excesivo celo en la concesión de acceso podría resultar en una situación en la que los nuevos entrantes lleguen a abusar de las inversiones y esfuerzos de comercialización realizados durante años por los operadores establecidos (free riding).

Entre las negativas consecuencias económicas de una política excesivamente favorable a la concesión de derechos de acceso a nuevos entrantes, estarían las siguientes:

i) Desincentivación de las inversiones para la creación de nuevas redes por parte de los nuevos operadores: cada nuevo operador, en vez de preocuparse por desarrollar una nueva red, emplearía la figura del derecho de acceso para exigir compartir la capacidad disponible en la red preexistente.

ii) Desincentivación de las inversiones para la mejora de las redes existentes por parte de los operadores preestablecidos: una aplicación generosa del derecho de acceso obligaría a los propietarios de redes con posición de dominio a cuestionarse el mérito económico de invertir en redes de las que se van a beneficiar los competidores a través de su derecho de acceder a las mismas...”

En consecuencia, mientras la interconexión es por su propia naturaleza esencial e irreplicable, el acceso corresponde por regla general a mercados mayoristas en competencia que por excepción pueden calificarse como facilidades esenciales debido a que en circunstancias específicas podrían no ser técnica o económicamente replicables.

La calificación de instalación/facilidad esencial es importante para delimitar el alcance de las obligaciones de acceso, a fin de promover la eficiencia mediante el desarrollo competitivo, caso contrario el aplicar la regulación y las obligaciones de acceso a facilidades no esenciales en mercados en competencia, podría limitar la dinámica competitiva y generar costos significativos de eficiencia en detrimento del bienestar social.

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: jycaastro@claro.com.ec



Por tanto, la evolución en los tipos de relaciones de acceso deben tratarse como una causa independiente, y así lo ha entendido la propia autoridad, pues al tener un alcance diferente sería un error de la autoridad traslapar las obligaciones económicas y de carácter regulatorio de interconexión hacia el régimen de acceso; un ejemplo claro de lo señalado es la propia *Metodología para la determinación de cargos de acceso para el Servicio Móvil Avanzado, mediante las modalidades de Roaming Nacional Automático y Operador Móvil Virtual, para voz, datos y SMS; y para determinación de cargos de interconexión por terminación de llamadas y SMS en redes móviles y de interconexión por terminación en redes fijas*; mediante la cual la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones realizó un modelo convergente y unificado para la determinación de CAx para el Servicio Móvil Avanzado (SMA), mediante las modalidades de Roaming Nacional Automático (RNA) y Operador Móvil Virtual (OMV), para voz, datos y SMS; y para la determinación de CIx por terminación de llamadas y SMS en redes móviles y terminación de llamadas en redes fijas; por tanto se observa que incluso en el aspecto económico existen disímiles basados en el uso de la infraestructura y elementos de red de uno de los operadores inmersos en una figura de acceso para prestar el servicio a otro operador que es el que solicitó la figura de acceso y que pagará determinado cargo económico.

En consecuencia, podemos concluir que **no existe un régimen común para la fijación de precios** para el Régimen de Interconexión y el de Acceso, pues poseen un alcance técnico y económico diferente, siendo importante que se observe que, para la interconexión y el acceso no se aplica el mismo método para obtener los cargos económicos, como se resume a continuación:

| Servicio Evaluado | Metodología utilizada | Resultados |
|----------------------------|---------------------------------------|-----------------------------------|
| Terminación en red fija | LRIC puro | CIx para terminación de voz |
| | LRIC + | CIx para terminación de voz |
| Terminación en red del SMA | LRIC puro | CIx para terminación de voz y SMS |
| | LRIC + | CIx para terminación de voz y SMS |
| Acceso al servicio de RNA | LRIC+ (+ un ΔC por cobertura) | CAx para RNA de voz, SMS y datos |
| Acceso al servicio de OMV | CTLP | CAx para OMV de voz, SMS y datos |

Bajo lo expuesto, una vez que se ha demostrado que el Acceso es un régimen independiente y distinto del régimen de Interconexión, con sus propias particularidades regulatorias, técnicas y económicas, es fundamental que dentro del mismo se diferencien dos subsistemas importantes:

1. Instalaciones o Facilidades Esenciales
2. Mercado Mayorista en Competencia

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 oficinas: jycastro@claro.com.ec



Esencialmente, la interconexión entre redes es naturalmente irreplicable y por tanto esencial, mientras que el acceso es excepcionalmente irreplicable, solamente en el caso de las facilidades esenciales.

Ambos tienen determinada independencia puesto que, las facilidades esenciales son aquellas que se encuentran en una red o servicio público de transporte de telecomunicaciones, que es suministrada por un operador exclusivamente y que no es factible sustituirla en lo técnico o económico.

En el caso del acceso, éste está constituido por regla general por un mercado mayorista de acceso, pero también abarca figuras técnicas reguladas como el Roaming Nacional Automático, presente en la actualidad en el mercado ecuatoriano y el Operador Móvil Virtual (Completo o Incompleto).

Este mercado mayorista es susceptible excepcionalmente de regulación ex ante, pues su demanda es derivada de la demanda del mercado minorista, razón por la cual, la autoridad debe considerar este subsistema como independiente, para una aplicación correcta de las medidas de competencia o regulación si las mismas caben en el mercado, así como también deberá evaluar que la regulación del régimen de acceso no afecte a los mercados mayoristas en competencia sobre los cuales no cabe la intervención ex ante, ni las regulaciones económicas, en las relaciones de acceso.

Solamente por excepción, ciertos recursos de red pueden llegar a calificarse como facilidades esenciales, una vez se ha analizado que en los mercados de referencia el acceso a las mismas sea indispensable para la prestación de servicios por parte de otros operadores y que sea imposible replicarlas, en lo técnico o en lo económico, que, en consecuencia, lleve a concluir que no existe en dicho segmento una situación de competencia efectiva, que a su vez se encuentre afectando o suprimiendo la competencia a nivel minorista. Aun en dicho escenario, la intervención regulatoria debe ser cuidadosa de no desincentivar los determinantes de la inversión al favorecer el free-riding.

Como se explicó arriba, a diferencia de la interconexión, las facilidades de acceso son en principio replicables mediante inversión y despliegue propio del operador, siendo la regla general que cada operador es responsable de sus propias inversiones, por lo que solamente cuando esto no fuere posible o fuere inexistente (por ejemplo, por diferencias sustanciales en la asignación de espectro, que no es el caso en Ecuador) puede ser calificado como esencial, debido a su irreplicabilidad técnico-económica, viabilizando una excepción a dicha regla general mediante la imposición de obligaciones especiales de acceso a facilidades esenciales, luego de seguirse el debido procedimiento.

Por lo dicho, no debe confundirse a los mercados mayoristas de acceso, generalmente en competencia, con facilidades esenciales de acceso, que se presentan excepcionalmente dentro de dichos mercados.

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 oficinas: jycaastro@claro.com.ec



Ahora bien, existen principios comunes y no comunes a ambos regímenes que como mencionamos son diferentes y que se pueden resumir en el siguiente cuadro, en el que también incluimos a la coubicación, con fines ilustrativos:

| | Obligatoriedad | Imposición de cargos | Negociación supervisada | Cargos Cero | No Discriminación | Transparencia |
|---|----------------|----------------------|-------------------------|-------------|-------------------|---------------|
| Interconexión | SI | SI | SI | SI | SI | SI |
| Coubicación | SI | No aplica | SI | No aplica | SI | SI |
| Acceso/Facilidades esenciales | SI | SI | SI | NO | SI | SI |
| Acceso/Mercados Mayoristas en competencia | NO | NO | NO | NO | SI | SI |

Esta distinción técnico-regulatoria está presente claramente en el caso ecuatoriano.

En primer lugar, en el caso de la interconexión, la LOT obliga a la misma sin condiciones y bajo un régimen estrictamente regulado, mientras que, en el caso del acceso, la LOT establece una obligación de permitir conectarse en condiciones generales de transparencia y no discriminación, previendo también un régimen de intervención ex ante y regulación económica en los casos que se trate de facilidades esenciales que sean indispensables para la interoperabilidad de los servicios o redes.

Asimismo, en principio y por regla general para casos de intervención ex ante y donde quepa la regulación económica, tanto los cargos de acceso y de interconexión son de libre negociación según el art. 72 de la LOT³ y art. 75⁴ de su Reglamento General, en

³ Art. 72.- *Cargos.- Por regla general, el uso de la interconexión y del acceso se lo realizará a cambio del pago de cargos económicos, los cuales serán determinados sobre la base de costos eficientes. Sin perjuicio de lo anterior, el establecimiento de cargos por interconexión y acceso de y para los prestadores con poder de mercado o preponderantes, observará lo dispuesto en la Ley, el presente Reglamento General y la regulación que emita la ARCOTEL para este efecto.*

⁴ Art. 75.- *De los acuerdos de interconexión y de acceso.- Cualquier prestador de servicios de telecomunicaciones podrá solicitar a otro la interconexión; y, cualquier prestador de servicios del régimen general de telecomunicaciones podrá solicitar a otro el acceso; o la renovación del acuerdo ya existente en cualquiera de los casos. Los prestadores del servicio podrán negociar libremente las condiciones de interconexión o acceso, según corresponda, dentro de lo establecido en la Ley, el presente Reglamento General y en las regulaciones que emita la ARCOTEL para el efecto. La solicitud de interconexión y la de acceso, así como la de renovación de las mismas, deberá realizarse de forma escrita, con indicación de los aspectos técnicos, económicos y jurídicos requeridos en la Ley, el presente Reglamento General y en las regulaciones que emita la ARCOTEL para el efecto. El interesado deberá remitir copia de la solicitud a la ARCOTEL, con fines informativos. Se podrá requerir la intervención de la ARCOTEL con carácter de observadora en la negociación, de conformidad con las regulaciones que dicho organismo emita para el efecto. El contenido mínimo de los acuerdos de interconexión y acceso será determinado por la ARCOTEL.*



concordancia con la Norma Comunitaria en materia de interconexión⁵ (sin que exista normativa andina en materia de acceso). Solamente por excepción (Art. 32 y 78 LOT) puede intervenir el regulador cuando ha encontrado -conforme el Reglamento de Mercados- la ausencia de competencia efectiva, o, solicitar la intervención y disposición de ARCOTEL en caso de falta de acuerdo.

A diferencia de la interconexión en la que ARCOTEL tiene una clara potestad regulatoria y de intervención que se ha expresado en la fijación de cargos simétricos y asimétricos y que le faculta a objetar los cargos que negociaren las partes, en materia de acceso, la ARCOTEL no tiene facultad legal de objetar cargos negociados libremente, salvo en dos casos: a) en caso de haberse determinado la existencia de facilidades esenciales en ausencia de competencia efectiva que derive en imposición de obligaciones especiales conforme el art. 32, y b) en caso de falta de acuerdo para el acceso a dichas facilidades esenciales conforme el art. 78 de la LOT. Lo anterior, sin perjuicio de la facultad de intervención ex post de ARCOTEL en el caso de violaciones a la obligación general de cumplir con los principios de transparencia y no discriminación.

En forma similar, ARCOTEL no tiene competencia legal para intervenir de oficio en la fijación de cargos de acceso, sino solamente en los casos en que se hubiere determinado necesidades de acceso a facilidades esenciales en ausencia de competencia efectiva en un mercado previamente determinado cuyo ámbito corresponde al Reglamento de Mercados, si se hubiere declarado la existencia de dominancia o preponderancia y, mediante resolución motivada, se hubieren dispuesto obligaciones especiales de acceso, y se hubiere declarado como facilidad esencial un determinado elemento.

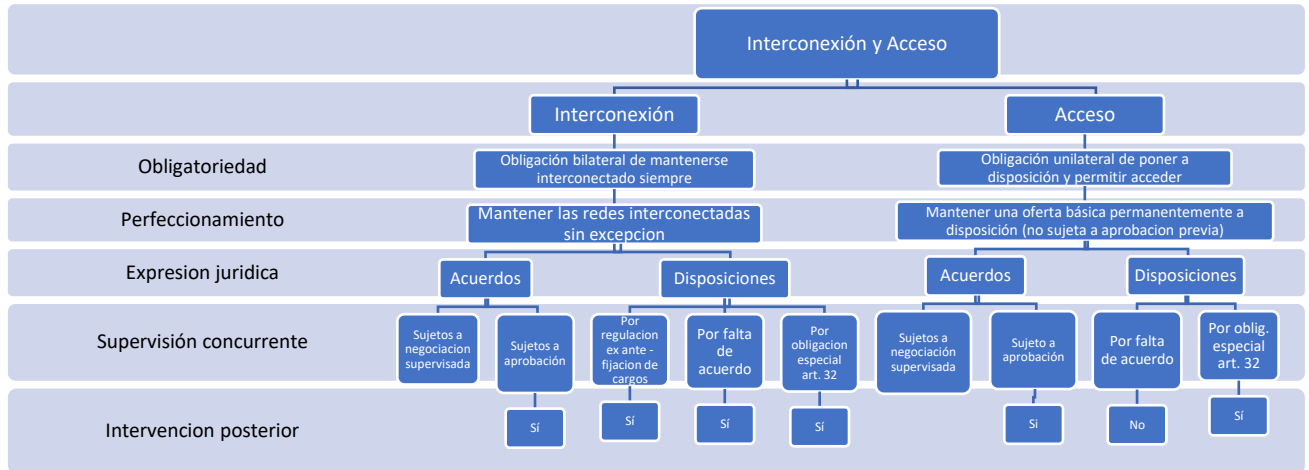
A fin de facilitar la comprensión de estas distinciones técnico-regulatorias, resumimos lo expuesto en el siguiente cuadro:

⁵ Art. 18.- Los cargos de interconexión deberán estar orientados a costos, complementados con un margen razonable de utilidad más una cuota de costos comunes o compartidos inherente a la interconexión y suficientemente desagregados para que el proveedor que solicita la interconexión no tenga que pagar por componentes o instalaciones de la red que no se requieran para el suministro del servicio.

Se entenderá por costos comunes o compartidos aquellos que correspondan a instalaciones y equipos o prestaciones compartidos por varios servicios.

Art. 22.- Está prohibido a los operadores de redes públicas de telecomunicaciones fijar cargos de interconexión inferiores a sus costos de largo plazo.

Art. 24.- El operador de redes públicas de telecomunicaciones que solicita la interconexión asumirá los gastos de inversión, adecuación, operación y mantenimiento de las instalaciones necesarias para llegar hasta el punto o los puntos de interconexión y desde éstos hacia la red del operador con el cual se hará la interconexión, salvo aquellos que la legislación nacional prevea la compartición de gastos, en cuyo caso, ésta será determinada por la legislación nacional vigente tomando en consideración criterios de eficiencia y cargos orientados a costos.



Por lo expuesto el Proyecto Normativo objeto de este análisis la ARCOTEL se encuentra vedada legal y constitucionalmente de imponer obligaciones especiales derivadas del art. 71⁶ y 32⁷ de la LOT, pues para ello requiere previamente la emisión del Reglamento de Mercados, los estudios sobre dichos mercados, y la emisión de la resolución que motivadamente determine la ausencia de competencia efectiva en alguno de ellos. Sin esto, no es procedente imponer obligaciones especiales ni mucho menos cargos con valor cero, que proceden solamente conforme el art. 32 y 71 de la LOT, en cuanto a la interconexión, no así el acceso.

⁶ **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.

⁷ **Art. 32.-** Imposición de obligaciones. En el Reglamento de Mercados, constarán las condiciones para la imposición, modulación, modificación o supresión de obligaciones a los prestadores con poder de mercado o preponderantes.

Sin perjuicio de que la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, establezca otro tipo de obligaciones en el Reglamento de Mercados, se podrán imponer a los operadores con poder de mercado o preponderantes y de ser el caso, a sus empresas vinculadas según corresponda, entre otras, las siguientes obligaciones: (...)

3. Llevar contabilidad de costos o regulatoria, en caso de que preste varios servicios, en el formato y con la metodología que, en su caso, determine la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

(...)

5. Fijar cargos de interconexión que promuevan la erradicación de prácticas anticompetitivas.

6. Limitaciones de comercialización de servicios y uso de equipos terminales.

7. Prohibición de suscribir contratos de arrendamiento para instalación de infraestructura.

8. Fijación de cargos de interconexión simétricos.

9. Fijación de cargos de interconexión asimétricos.

10. Regulación de tarifas simétrica.

11. Regulación de tarifas asimétrica.

12. Obligaciones de compartición de infraestructura.

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: jycaastro@claro.com.ec



II. **Las obligaciones especiales en materia de acceso solamente proceden luego de haberse determinado un elemento como facilidad esencial y la ausencia de competencia efectiva conforme el Reglamento de Mercados**

Como se explicó, la disposición obligatoria de acceso y la fijación de cargos por parte del regulador, en particular con valores cero, solamente procede en el caso de los arts. 32 y 71 de la LOT, en cuanto a la interconexión

En este contexto, LOT ha facultado a la ARCOTEL a determinar mercados relevantes relativos a servicios o redes de telecomunicaciones, especialmente para efectos de regularlos, en caso de ser necesario, de manera *ex ante* según lo establecido en el TITULO IV "REGULACION SECTORIAL EX ANTE PARA EL FOMENTO, PROMOCION Y PRESERVACION DE LAS CONDICIONES DE COMPETENCIA".

Estas regulaciones y las obligaciones que deriven de ellas deben establecerse siguiendo un procedimiento y mediante el correspondiente acto administrativo, a través del cual se determine el mercado relevante y se califique como "*preponderante*" o "*con poder de mercado*" a determinado operador o grupo de operadores en el Ecuador, lo cual hasta el momento no ha sucedido. Es más, no existe ninguna decisión firme de la autoridad de competencia (Superintendencia de Competencia Económica) que haya encontrado prácticas de abuso o distorsión de la libre competencia.

Conforme el artículo 26 de la LOT, el objetivo de la regulación *ex ante* (regulación sectorial) a dictarse por la ARCOTEL, dentro de sus competencias, será el "coadyuvar en el fomento, promoción y preservación de las condiciones de competencia en los mercados correspondientes que para el caso determine".

Para esto, el Capítulo II del mencionado Título IV de la LOT incluye las disposiciones pertinentes a la determinación de mercados relevantes, particularmente en su artículo 31 que dice:

"Art. 31.- Determinación de mercados relevantes. *La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, con sujeción al Reglamento de Mercados que para el efecto apruebe, determinará al menos cada dos años los mercados relevantes relativos a servicios o redes de telecomunicaciones, tanto mayoristas como minoristas y el ámbito geográfico, con el propósito de establecer si dichos mercados se están desarrollando en un entorno de competencia efectiva, cuyas características pueden dar lugar a la imposición a los prestadores con poder de mercado de obligaciones específicas de manera proporcionada y justificada.*

Las obligaciones se mantendrán, se modularán o modificarán mientras subsista la inexistencia de competencia efectiva o el poder de mercado, caso contrario se suprimirán.

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



De la lectura de este artículo, se aprecia con claridad meridiana que la imposición de obligaciones especiales procede solamente “*con sujeción al Reglamento de Mercados que para el efecto se apruebe*”. Es decir, en ausencia de dicho instrumento, no cabe imposición de obligaciones especiales como sería el cargo cero a los operadores con poder de mercado o preponderantes en el ámbito del acceso que además sería ilegal, inconstitucional, confiscatorio y contrario al propio derecho de competencia vigente en Ecuador.

Se anota también que el legislador ha previsto expresamente un solo objetivo a cumplirse a través de esta disposición, que es: “*establecer si dichos mercados se están desarrollando en un entorno de competencia efectiva*”.

Para poder determinar la existencia de competencia efectiva, debe primero definirse los mercados relevantes objeto de análisis, y, previo a que esto sea posible, debe emitirse el reglamento de mercados.

Es un principio generalmente aceptado que no existe dominancia, preponderancia o poder de mercado en el vacío, sino en un mercado previamente definido. Por esto, mal podría la ARCOTEL establecer obligaciones por situación de dominancia o preponderancia si previamente no se han definido los mercados, no se han estudiado los mercados, ni se ha emitido un acto administrativo que declare la situación de dominancia o preponderancia, o al contrario, reconozca que uno u otro mercado se desarrollan en situación de competencia efectiva.

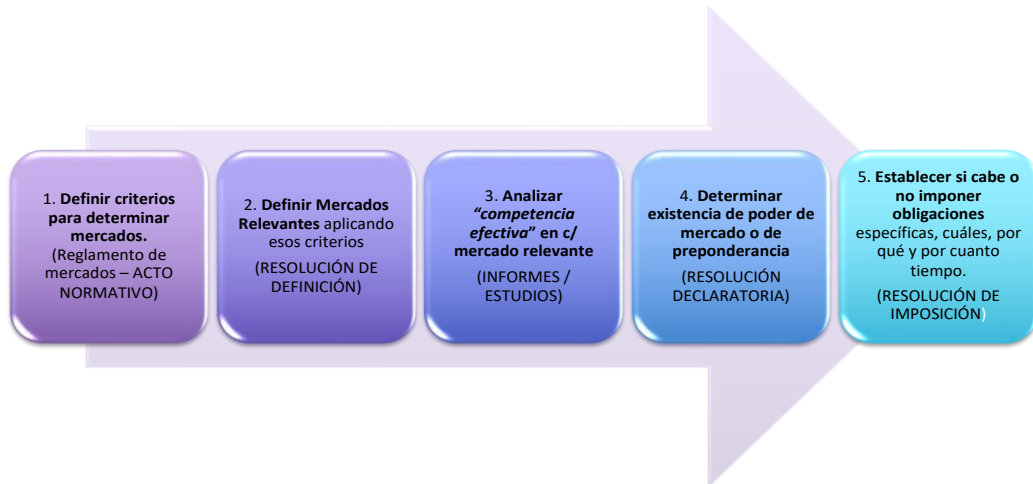
Esto es sumamente relevante incluso por la naturaleza de los actos jurídicos que deben expresar la actuación de la administración, así:

1. El Reglamento de mercados es un acto normativo.
2. Los informes y dictámenes sobre la determinación de los mercados en base al Reglamento, son actos de simple administración.
3. La resolución que determine que un operador es preponderante o dominante en un mercado previamente definido es un acto administrativo.
4. La resolución que determine la imposición de obligaciones especiales a un operador previamente determinado como preponderante o dominante es un acto administrativo.

Con fines ilustrativos, el siguiente gráfico ilustra los pasos que deben seguirse previo a la imposición de cualquier tipo de obligación especial derivada de una situación de dominancia o preponderancia, considerando la distinta naturaleza jurídica de cada expresión de la voluntad de la administración:



DEBIDO PROCESO DE ACUERDO A LA LOT



La declaración de Dominancia o Preponderancia NO es un proceso automático, ni puede hacerse en un solo acto; se requiere primero definir los mercados con criterios técnicos y analizar la existencia o no de rivalidad competitiva.

Es indispensable considerar que la definición que los títulos habilitantes hacen de uno u otro servicio (vr.gr. servicio de telefonía fija, servicio de telefonía móvil, servicio móvil avanzado, servicio de televisión paga, etc.) no implican en sí mismas un mercado relevante.

Al respecto, la LOT no habla de "*poder de mercado*" o "*preponderancia*" sobre un "*servicio*", sino sobre determinados "*mercados*", de tal manera que resultaría improcedente e ilícito imponer obligaciones específicas sobre un supuesto "*poder de mercado*" sobre un "*servicio concesionado*", en lugar de mercados relevantes, y según lo dispuesto en el Reglamento de Mercados que para el efecto se emita.

A su vez, el artículo 31 de la LOT es claro al decir que la ARCOTEL "*determinará al menos cada dos años los mercados relevantes relativos a servicios o redes de telecomunicaciones, tanto mayoristas como minoristas y el ámbito geográfico, con el propósito de establecer si dichos mercados se están desarrollando en un entorno de competencia efectiva(...)*", pues el análisis de competencia efectiva requerido como paso previo para determinar si existe o no operadores con poder de mercado, se debe efectuar sobre un mercado previamente definido, y no solo sobre un servicio en particular.

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



En igual sentido, el artículo 33 de la LOT indica que *"En el Reglamento de Mercados que apruebe la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones constarán los criterios para determinar si un prestador de servicios tiene poder de mercado "* por lo que estos criterios -operador con poder de mercado, operador preponderante, etc- solamente pueden aplicarse una vez que se ha definido un mercado relevante.

Resulta evidente entonces que cualquier imposición de obligaciones especiales procede única y exclusivamente si previamente se ha determinado un mercado y que en dicho mercado no existen condiciones de competencia efectiva.

De esta forma, vemos que no existe mayor margen de interpretación: Si un mercado es competitivo, deben eliminarse las obligaciones específicas y no procede imponerlas. Si un mercado no es competitivo, procede imponer medidas proporcionadas y justificadas.

Ahora bien, la referencia al principio de proporcionalidad es sumamente importante, pues este se encuentra reconocido en el art. 76 numeral 6 de la Constitución, y particularmente en el art. 4 de la LOT como uno de sus principios rectores.

La Corte Constitucional se ha referido reiteradamente a este principio, indicando que

*"permite la existencia de una relación adecuada entre los medios y las finalidades perseguidas por el Estado, con la aplicación de normas a las que se les puede considerar idóneas, necesarias y proporcionales en estricto sentido, logrando un equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los perjuicios que podría producir"*⁸

Asimismo, la Corte Constitucional se ha referido a la aplicación del denominado "test de proporcionalidad" que permite juzgar a) si una medida es efectivamente eficaz para conseguir el fin perseguido, que debe ser un fin constitucionalmente válido, b) si es la menos gravosa de otros derechos o principios con los cuales colisiona la intervención, y finalmente c) si su implementación no implica la aniquilación de otro derecho o principio.

Esto permite juzgar si la intervención, restricción o sanción de una conducta es el medio más idóneo para la realización del fin perseguido.

Por estas razones, y considerando las competencias de la ARCOTEL, en materia de acceso solamente procede la determinación de cargos en caso de falta de acuerdo y en caso de la imposición de obligaciones especiales deben limitarse a la definición de acceso prevista en la norma, esto es, referirse a insumos de red que hayan sido previamente calificados como facilidades esenciales.

⁸ Corte Constitucional del Ecuador. SENTENCIA N.0 025-16-SIN-CC. CASO N.0 0047-14-IN. 06 de abril de 2016.



A la vez, la determinación de esencialidad de un activo o facilidad, conforme las ha definido la OECD⁹ corresponde a:

"Infraestructura esencial significa que proveer un servicio es sustancialmente más difícil sin acceso a dicha infraestructura, y que un monopolista propietario de esta infraestructura podría encontrar rentable imponer al menos un incremento pequeño pero significativo, no transitorio de precios por encima del nivel competitivo para el acceso a dicha infraestructura"

A nivel comunitario andino, en materia de telecomunicaciones, la Decisión CAN 462 reconoce esta doctrina en su artículo 2, con los siguientes requisitos:

"Instalaciones esenciales: Toda instalación de una red o servicio público de transporte de telecomunicaciones que:

- a) Sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores; y
- b) Cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico."

Por tanto, sin que exista actualmente un Reglamento de Mercados ni se haya determinado la esencialidad de un determinado elemento o activo de un servicio o red, los artículos que se refieren a facultades de intervención o fijación de cargos de acceso por parte de ARCOTEL deben eliminarse, al no corresponder al ámbito de la presente norma.

III. Algunas normas del Proyecto de Norma Técnica exceden los ámbitos de una regulación técnica invadiendo aspectos que corresponden a otros Reglamentos, en particular, el Reglamento de Mercados.

Sin perjuicio de la conveniencia o no del contenido de las disposiciones incluidas en el Proyecto de Norma Técnica, para que las mismas sean aplicables y exigibles a los operadores éstas no deben invadir aspectos de carácter reglamentario que competen a otros estamentos.

⁹ Traducción libre de: "Essential infrastructure means that supplying a service is substantially more difficult without access to this infrastructure and that a monopolist owner of this infrastructure would find it profitable to impose at least a small but significant non-transitory price increase above the competitive level for access to this infrastructure". OECD, 2010. Policy Roundtables: Access to Key Transport Facilities.



Particularmente, el establecer restricciones al ejercicio de derechos o el establecer procedimientos especiales requieren de una norma de carácter reglamentario, que es facultad del Directorio, por constituir actos normativos de carácter administrativo, en la materia correspondiente.

El art. 130 del COA indica que la expedición de actos normativos de carácter administrativo compete a la máxima autoridad administrativa, que en este caso es el Directorio, y que deben corresponder a una delegación regulatoria expresa atribuida en la Ley:

"Art. 130.- Competencia normativa de carácter administrativo. Las máximas autoridades administrativas tienen competencia normativa de carácter administrativo únicamente para regular los asuntos internos del órgano a su cargo, salvo los casos en los que la ley prevea esta competencia para la máxima autoridad legislativa de una administración pública.

La competencia regulatoria de las actuaciones de las personas debe estar expresamente atribuida en la ley."

El Proyecto de Norma Técnica impone regulaciones que van más allá de lo meramente técnico y constituyen regulaciones a las actuaciones de las personas naturales o jurídicas en materia de competencia que corresponde al Reglamento de Mercados, por lo que solicitamos que cualquier referencia a la misma sea eliminada de dicho proyecto.

Finalmente, se anexan en formato Excel las observaciones y sugerencias específicas respecto de cada artículo del Proyecto, que abordan las consideraciones expuestas en este documento además de otras específicas a cada texto.

Sin otro particular y agradeciendo de antemano su gentil atención, reitero mis sentimientos de consideración y estima.

Atentamente,

Abg. María Belén Cárdenas
GERENTE DE MARCO REGULATORIO
CONECEL S.A.

Adj. Excel – Observaciones CONECEL