

RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-2015-CZ2-0027**ORGANISMO DESCONCENTRADO: COORDINACIÓN ZONAL No. 2 DE
LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS
TELECOMUNICACIONES ARCOTEL**

Ing. Miguel Játiva Espinosa
COORDINADOR ZONAL No. 2

Considerando:**1. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA:****1.1. TÍTULO HABILITANTE**

El 1 de junio de 2011, la ex Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, previa autorización del Estado Central, otorgada a través del ex Consejo Nacional de Telecomunicaciones, mediante Resolución TEL-406-10-CONATEL-2011, emitió el instrumento "CONDICIONES GENERALES PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES" a favor de la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP; inscrito en el Tomo 92 a Fojas 9209 del Registro Público de Telecomunicaciones de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, conjuntamente con sus anexos A, B y C y sus respectivos Apéndices; a cuya totalidad de términos, condiciones y plazos se sujetó en forma expresa en la misma fecha, así como a lo dispuesto en la Legislación Aplicable y Ordenamiento Jurídico Vigente.

Mediante Resolución TEL-267-11-CONATEL-2012 expedida el 15 de mayo de 2012, el ex Consejo Nacional de Telecomunicaciones aprobó el texto de los anexos: **D, Condiciones para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado**; **E, Condiciones para la Prestación del Servicio Portador**; y, **F, Condiciones para la Prestación del Servicio de Valor Agregado de Internet**, los mismos que fueron incorporados como parte integrante e inseparable de las "Condiciones Generales para la Prestación de los Servicios de Telecomunicaciones" otorgadas a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, el 1 de junio de 2011.

1.2. FUNDAMENTO DE HECHO

En fecha 8 de septiembre de 2015, se emitió el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL-2015-CZ2-0015, acto con el que se notificó al autorizado el 8 de septiembre de 2015, de conformidad como lo informado en el Memorando ARCOTEL-CZ2-2015-0596-M, de 9 de septiembre de 2015, suscrito por el Ing. Gonzalo Granda.

1.3. ACTO DE APERTURA

Con Memorando No. ARCOTEL-CZ2-2015-00097-M, de 14 de mayo de 2015, la Unidad de Prestación de Servicios de Telecomunicaciones de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, informa respecto de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, durante las mediciones realizadas el día 2 de abril de 2015, utilizando el siguiente procedimiento:

CONFIGURACIÓN DE LA "WORK ORDER"

RTU ORIGEN: NUMTS5-MS27109 (Móvil)
Número A: 0982475555
RAT: GSM
AQM: PESQ
Duration: 80 (s)
Interval: 30 (s)

RTU DESTINO: NUI006-FS87949 (Móvil Fijo – Quito Zona 6)
Número B: 0996766638
RAT: GSM
AQM: PESQ
LLAMADAS MT

Los resultados se obtuvieron a través del procesamiento con la herramienta Tems Discovery 10.0.7 adjuntando el archivo que corresponde al reporte generado; sobre la base de las 54 llamadas exitosamente establecidas durante las mediciones efectuadas el 2 de abril de 2015, se determina que la CNT EP, no alcanzó el valor objetivo del parámetro "Calidad de Conversación" – MOS en la localidad san José de Minas, provincia de Pichincha, en tecnología 2G, ya que se obtuvo un valor de 3,1 y por tanto no alcanzó el valor objetivo (MOS \geq 3,3), establecido en la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014 de 10 de enero de 2014.

Por estas consideraciones se dio inicio al procedimiento administrativo sancionador de acuerdo con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por lo tanto se emitió el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador y se ha dado el trámite pertinente.

2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL ORGANISMO DESCENTRALIZADO:

2.1 AUTORIDAD Y COMPETENCIA

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

Art. 83 numeral 1.- *"Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:*

1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente".

"Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la Ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución".

Art. 261.- "El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: ... 10. El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones...".

"Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, **controlar** y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.- Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.- Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley."

"Art. 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.- El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación."

LEY ORGANICA DE TELECOMUNICACIONES

Art. 126.- **Apertura.** Cuando se presuma la comisión de cualquiera de las infracciones establecidas en esta Ley, **el Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones emitirá el acto de apertura del procedimiento sancionador.** Dicho acto deberá indicar (i) los hechos que presuntamente constituyen la infracción, (ii) la tipificación de las infracciones de las que se trate y las disposiciones presuntamente vulneradas, (iii) las posibles sanciones que procederían en caso de comprobarse su existencia, así como (iv) el plazo para formular los descargos.

En este acto de apertura, se deberá adjuntar el informe técnico-jurídico que sustente el mismo.

Art. 129.- "**Resolución.**- El Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emitirá la resolución del procedimiento administrativo sancionador dentro de los veinte días hábiles siguientes al vencimiento del lapso de evacuación de pruebas."

Artículo 132.- **“Legitimidad, ejecutividad y medidas correctivas.-** Los actos administrativos que resuelvan los procedimientos administrativos sancionadores se presumen legítimos y tienen fuerza ejecutiva una vez notificados. El infractor deberá cumplirlos de forma inmediata o en el tiempo establecido en dichos actos. En caso de que el infractor no cumpla voluntariamente con el pago de la multa impuesta, la multa se recaudará mediante el procedimiento de ejecución coactiva, sin perjuicio de la procedencia de nuevas sanciones, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley.-La imposición de recursos administrativos o judiciales contra las resoluciones de los procedimientos administrativos sancionadores no suspende su ejecución”.

Art. 142.- **“Creación y naturaleza.** Créase la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, técnica, económica, financiera y patrimonio propio, adscrita al Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información. La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones es la entidad encargada de la administración, regulación y control de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico y su gestión, así como de los aspectos técnicos de la gestión de medios de comunicación social que usen frecuencias del espectro radioeléctrico o que instalen y operen redes.”.

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

4. Ejercer el control de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, incluyendo el servicio de larga distancia internacional, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y a lo establecido en los correspondientes títulos habilitantes... 18. Iniciar y sustanciar los procedimientos administrativos de determinación de infracciones e imponer en su caso, las sanciones previstas en esta Ley.”.

Disposiciones transitorias de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones

“Sexta.- El directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, con el propósito de mantener la continuidad de las actividades de Regulación, administración, gestión y control aprobará una estructura temporal de la Agencia, bajo las denominaciones que correspondan a la nueva institucionalidad...”

Resoluciones de ARCOTEL

Mediante Resolución No.001-01-ARCOTEL-2015, de 4 de marzo del 2015, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en cumplimiento de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, resolvió:

“Artículo 2.- Aprobar la estructura temporal de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, presentada con el informe técnico señalado en el artículo precedente, conforme consta del Anexo 1 de la presente resolución.

Artículo 3.- Autorizar a la Dirección Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones para que, con sujeción a la estructura temporal aprobada en el artículo 2 de la presente Resolución, defina el ámbito de competencias y atribuciones y realice las acciones que sean necesarias para el cabal funcionamiento de las Coordinaciones Nacionales, Técnicas y Generales, así como de las Direcciones y Unidades, según corresponda (...).

El numeral 8 “**CONCLUSIONES**” del Informe Técnico para la aprobación de la Estructura Organizacional Temporal de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, de la Resolución *Ibidem* señalada:

“La estructura temporal de la ARCOTEL permitirá a la institución”

a) Garantizar la prestación de servicios y la entrega de los productos que proveían a sus usuarios la EX SENATEL, el EX CONATEL y la EX SUPERTEL, durante el tiempo previsto para la transición en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”

Mediante Resolución 002-01-ARCOTEL-2015 de 04 de marzo del 2015, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en el artículo 1 resuelve: “Designar a la Ingeniera Ana Vanessa Proaño De la Torre como Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, quien ejercerá las competencias y atribuciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás normas pertinentes.”

En base al artículo 3 de la Resolución No. 001-01-ARCOTEL-2015, emitida por el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, se delega a la Directora Ejecutiva para que en base a la estructura temporal aprobada defina las competencias y atribuciones para los diferentes órganos desconcentrados, por lo que la Ing. Ana Proaño de la Torre emite la Resolución ARCOTEL-2015-0132, publicada en el Registro Oficial N° 541, del sábado 11 de julio del 2015, en cuyo artículo 5 dispone:

“ARTÍCULO 5. DE LAS UNIDADES DESCONCENTRADAS.

La gestión desconcentrada de la ARCOTEL, estará a cargo de las unidades desconcentradas, que estarán conformadas por Coordinaciones Zonales y Oficinas Técnicas, y tendrán las siguientes atribuciones:

5.1 COORDINACIÓN ZONAL

El Coordinador Zonal, tendrá las siguientes atribuciones:

5.1.6. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES.

5.1.6.1 Sustanciar y resolver, lo que en derecho corresponda, respecto a los procedimientos administrativos sancionadores, correspondientes al cometimiento de infracciones tipificadas en los Artículos 117, 118, 119, y 120 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.”.

Por otro lado es necesario manifestar que la estructura temporal de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, aprobada por el Directorio mediante Resolución Mo. 001-01-ARCOTEL-2015, reconoce la división de responsabilidades y da a la unidad desconcentrada la denominación de Intendencia Regional Norte y para efectos de aplicación de la Resolución Nro. ARCOTEL-2015-00132, la Disposición General Primera, determina que se tomen como equivalentes los términos "Intendencia Regional Norte" con "Coordinación Zonal 2".

Consecuentemente, esta Autoridad tiene competencia para sustanciar y resolver lo que en derecho corresponda sobre los procedimientos administrativos sancionadores.

2.2 PROCEDIMIENTO

LEY ORGANICA DE TELECOMUNICACIONES

Art. 125, inciso primero.- *"Potestad sancionadora.- Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones iniciar de oficio o por denuncia, sustanciar y resolver el procedimiento administrativo destinado a la determinación de una infracción y, en su caso, a la imposición de las sanciones establecidas en esta Ley. La Agencia deberá garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador.- El procedimiento sancionador establecido en este Capítulo no podrá ser modificado o alterado mediante estipulaciones contenidas en los títulos habilitantes. En caso de que algún título habilitante contemple tales modificaciones, estas se entenderán nulas y sin ningún valor."*

El presente procedimiento se sustanció observando el trámite propio previsto en los artículos 125 al 132 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, respetando las garantías básicas del debido proceso, en el ámbito administrativo, contemplado en el artículo 76 numeral 7, de la Constitución de la República.

2.3 IDENTIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y SANCIÓN

En las "CONDICIONES GENERALES PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES" a favor de la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP; inscrito en el Tomo 92 a Fojas 9209 del Registro Público de Telecomunicaciones de la Ex Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, conjuntamente con sus anexos A, B y C y sus respectivos Apéndices; consta el texto de los anexos: ... **D, Condiciones para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado**; los mismos que fueron incorporados como parte integrante e inseparable de las "Condiciones Generales para la Prestación de los Servicios de Telecomunicaciones" otorgadas a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, de 1 de junio de 2011, cuyo artículo 6.3, señala: **"La Resolución que dicte el CONATEL modificando o reformando los Índices de Calidad, entrará a formar parte del presente anexo, una vez efectuado el registro y notificación, en forma automática, sin necesidad de otra formalidad o requisito"** (lo resaltado me corresponde), constando en el Apéndice

1 el Índice de Calidad par Servicio Móvil Avanzado, denominado "CALIDAD DE CONVERSACIÓN";

CONDICIONES GENERALES PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES A FAVOR DE LA CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES - CNT EP

ARTÍCULO 10.- Índices de calidad.

10.1 La Empresa Pública tendrá la obligación de efectuar la medición de los índices de Calidad que constan en los Anexos y sus respectivos Apéndices; así como las resoluciones, que sobre los parámetros de calidad de los servicios de telecomunicaciones dicte el CONATEL. Los resultados de las mediciones realizadas por la Empresa Pública y sus respectivos archivos de respaldo, estará a disposición de la SENATEL y de la SUPERTEL, para su monitoreo mediante el Sistema Automatizado de Adquisición de Datos (SAAD), en los servicios que fuere aplicable. El sistema deberá actualizarse periódicamente de acuerdo a los términos y condiciones constantes en los Anexos y Apéndices.

10.3 El cumplimiento de los índices será controlado por la Superintendencia de Telecomunicaciones y remitido a la SENATEL para su conocimiento.

Artículo 25.- Incumplimientos y sanciones.

25.1 La empresa Pública se somete a las infracciones, sanciones y al procedimiento de juzgamiento previsto en el Ordenamiento Jurídico Vigente, cuando incumpla este instrumento y sus Anexos.

25.3 En el evento de que la Empresa Pública incurra en cualquier forma de incumplimiento de los términos previstos en el presente instrumento, se impondrán las sanciones previstas en el Ordenamiento Jurídico Vigente, previo el cumplimiento del procedimiento respectivo.

Sanciones en caso de comprobarse la existencia de la infracción

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones, tipifica como infracción en su Art. 118 como de Segunda Clase, numeral 11 de la letra b):

11: "El incumplimiento de los valores objetivos de los parámetros de calidad contenidos en los títulos habilitantes, planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por la agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones."

En el caso de que luego del procedimiento administrativo, se declare la responsabilidad de la infracción imputada; la sanción que se impondría se encuentra determinada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que prescribe:

Art. 121.- clases.

Las sanciones para las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, televisión y audio y video por suscripción, se aplicará de la siguiente manera:

2.- Infracciones de segunda clase.- La multa será de entre el 0.031% al 0.07% del monto de referencia,

Art. 122.- Monto de referencia.

Para la aplicación de las multas establecidas en esta Ley, el monto de referencia se obtendrá con base en los ingresos totales del infractor, correspondientes a su última declaración de Impuesto a la Renta, con relación al servicio o título habilitante del que se trate.

Únicamente en caso de que no se pueda obtener la información necesaria para determinar el monto de referencia y se justifique tal imposibilidad, las multas serán las siguientes:

b) Para las sanciones de segunda clase, desde ciento uno hasta trescientos Salarios Básicos Unificados del trabajador en general.

3 ANÁLISIS DE FONDO

3.1 CONTESTACIÓN AL ACTO DE APERTURA

Con fecha 25 de septiembre de 2015, la Empresa Pública CNT EP, a través de su Representante Legal, ingeniero César Regalado Iglesias, ingresa el oficio 20150839, con el que da contestación al Acto de Apertura ARCOTEL-2015-CZ2-0015, oficio que tiene el número de ingreso ARCOTEL-2015-011818, que en su parte fundamental manifiesta:

ARGUMENTOS CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP

PRIMERO: (...)

El acto de apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador, fue emitido por el Coordinador Zona 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, quien al momento de emitir el acto administrativo ha omitido un elemento sustancial que es la indicación de la norma que atribuye la potestad al órgano y A SU TITULAR para expedirlo, por lo tanto el presente acto de apertura del procedimiento administrativo sancionador es ilegítimo, en razón de que no existe una acción de personal, resolución o documento alguno que justifique la "delegación" para que el Coordinador Zona 2 emita el procedimiento administrativo en contra de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, lo cual implicaría una abrogación de funciones del organismo competente para emitir el acto de apertura.

SEGUNDO: (...)

- La prestación del Servicio Móvil Avanzado (SMA) para los clientes de la CNT EP en la tecnología GSM, en el período de las pruebas realizadas con fecha 2 de abril de 2015, se sustentó bajo lo establecido en el "Contrato Comercial de Uso de Facilidades de Red, bajo la modalidad de Roaming Nacional y acceso al Espectro Radioeléctrico", suscrito entre la CNT EP y OTECEL S.A.
- Con fecha 10 de enero de 2014, el Ex - CONATEL expidió la Resolución de obligatorio cumplimiento para las operadoras del Servicio Móvil Avanzado N° TEL-042-01- CONATEL-2014, respecto a los Índices de Calidad; misma resolución que señala para el parámetro de nivel mínimo de cobertura (MOS), lo siguiente:

"NOMBRE: CALIDAD DE CONVERSACION

DEFINICIÓN

Es una medida de la calidad extremo a extremo de la conversación de una llamada de servicio de voz **dentro de la red del prestador del servicio**. La evaluación se realiza por zona de medición y por tecnología. "

"El parámetro de calidad y el valor objetivo, así como las demás especificaciones establecidas son de obligatorio cumplimiento de parte del Prestador del SMA, independientemente de que el servicio se sustente en acuerdos o contratos suscritos con terceros, conforme la legislación aplicable. "

De esto, se desprende que la definición del indicador con nombre "Calidad de Conversación" se refiere conforme consta en la Resolución N° TEL-042-01-CONATEL- 2014 a la medida de la calidad extremo a extremo de la conversación de una llamada de servicio de voz dentro de **la red del prestador del servicio**. En consecuencia, se concluye de forma innegable que **la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP es responsable de los resultados en su propia red**, mas no de los resultados obtenidos en virtud de las redes de las cuales su gestión es responsabilidad de otra operadora, en este caso particular, de la empresa OTECEL S.A.; lo indicado igualmente tiene concordancia por cuanto la existencia del contrato de roaming antes en mención.

Asimismo, el Anexo D que establece las Condiciones para la prestación del Servicio Móvil Avanzado, establece en su artículo seis (6) en relación a los Índices de Calidad que la Empresa Pública tiene la obligación de efectuar la medición de los mismos en función de lo dispuesto por el organismo regulador. Por lo que, este cumplimiento por parte de **la CNT EP tiene total coherencia con lo manifestado en párrafos anteriores pues la CNT EP es responsable para el cumplimiento de este parámetro en lo que corresponde a su propia red**.

Conforme ha mencionado la CNT EP en reiteradas ocasiones a través de las reuniones de trabajo de revisión de los indicadores de calidad del SMA, **no es factible para la Corporación el realizar una gestión directa de los índices de calidad para tecnología 2G y de su cumplimiento en la red de acceso que le**

pertenece a OTECEL S.A., por cuanto los gestores y el despliegue de infraestructura en dicha tecnología es responsabilidad de la operadora propietaria.

*En relación al informe de Inspección Regular No. IN-IRN-C-2015-0405 al cual hace referencia al acto de apertura en mención, éste se refiere a mediciones realizadas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en la zona 09 de la ciudad de Quito, **bajo tecnología 2G**, red de acceso que no pertenece a la CNT EP, y sobre la cual la Empresa Pública no realiza gestión ni administración, toda vez que la citada infraestructura de acceso es propiedad de la operadora OTECEL S.A.*

Se ha evidenciado además del Informe técnico presentado como fundamento para el inicio de este proceso administrativo que:

- *Carece de una descripción pormenorizada de las actividades que conciernen a la realización de estas mediciones. Hay que resaltar en este punto que la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014 señala dentro de su metodología de medición que el equipamiento que permita la evaluación automática de la calidad de conversación se efectuará de conformidad con la Recomendación ITU-T P.862.*

De esta manera, las actividades de verificación descritas en el Informe Técnico No IN-IRN-C-2015-0419, no señalan acerca de las configuraciones efectuadas a los equipos tal que con ello no se ha permitido (sic) a la CNT EP una revisión pormenorizada de las consideraciones estipuladas al momento de realizar la medición vulnerando su derecho a defensa; tal es así que en el desarrollo del mencionado Informe tan siquiera se menciona acerca de la Recomendación antes indicada.

El obviar aspectos de análisis dentro del Informe como los que se encuentran contenidos en la Recomendación ITU-T P.862, por ejemplo: material fuente, calibración de niveles, consideraciones de parámetros como el PESQ permiten concluir que las mediciones efectuadas no disponen de los sustentos necesarios para ser una prueba significativa dentro de este proceso.

- *No obstante que la Resolución No TEL-042-01-CONATEL-2014 señala que las mediciones que prevalecen son aquellas efectuadas por el organismo de control, tampoco se ha brindado como parte de los sustentos de la ARCOTEL los denominados log files cuyo contenido puede ser de análisis para determinar aspectos relacionados con estas mediciones; una vez más se demuestra la carencia de pruebas para señalar un supuesto incumplimiento en la medición de este Índice de Calidad.*

En relación a la calidad de servicio que la CNT EP brinda a sus abonados, la misma es garantizada por la Empresa Pública en función de la mejora de infraestructura e inversión en nuevas tecnologías, toda vez que las mismas van quedando obsoletas, y se requiere cada vez mayor inversión en mejoras tanto en velocidad como calidad, que es brindada con nuevas implementaciones como las que actualmente cuenta la Corporación, tanto en HSPA+ como en LTE.

La migración de los usuarios hacia estas nuevas tecnologías es cada vez mayor, dejando de esta forma, innecesaria la inversión en tecnología GSM, que en corto plazo quedará obsoleta. Siendo de esta forma, **no justificable que la CNT EP, como Empresa Pública realice nuevas inversiones en el despliegue o mejora de redes 2G, que no permiten ni garantizan un adecuado nivel de servicio a los usuarios.**

Mediante Resolución No. TEL-628-20-CONATEL-2014 de 08 de agosto de 2014, el antes Consejo Nacional de Telecomunicaciones aprobó el "Reglamento para la prestación de Roaming Nacional Automático en Ecuador para fomentar la leal competencia en la prestación de servicios de telecomunicaciones", en el cual en su Artículo 11, referente a Obligaciones de ambas partes, se establece que:

"b. El prestador de la red visitada, garantizará el cumplimiento de los parámetros de calidad de todo el tráfico que curse su red de acceso, objeto del Roaming Nacional Automático suscrito entre las partes, de tal manera, que la misma calidad obtenida para el prestador de la red visitada, se garantice para el prestador de la red origen. Adicionalmente, deberá cumplir los procesos de control y reportes detallados en el presente Reglamento."

De lo cual, se desprende nuevamente que en la normativa regulatoria vigente para la prestación de Roaming Nacional en el Ecuador, se establece la obligación de que el cumplimiento de los parámetros de calidad en la red de acceso corresponden al prestador de la red visitada que para el caso análisis del presente Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador, y conforme lo establecía el "Contrato Comercial de Uso de Facilidades de Red, bajo la modalidad de Roaming Nacional y acceso al Espectro Radioeléctrico", el proveedor de la red de acceso es la operadora OTECEL SA Reiterando además que conforme lo ya señalado en acápites anteriores, guarda total concordancia con las obligaciones establecidas en el Anexo D de la Autorización para la prestación del Servicio Móvil Avanzado suscrito a favor de la CNT EP.

• Asimismo la Disposición Tercera Transitoria del Reglamento antes en mención señala que:

"Tercera.- Los acuerdos de Roaming Nacional Automático suscritos entre prestadores del Servicio Móvil Avanzado y que se encuentren en vigencia y ejecución en la actualidad, deberán ser adecuados a las normas del presente Reglamento, dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha de publicación en el Registro Oficial."

Ante lo cual, el antes CONATEL mediante Resolución N° 738-26-CONATEL-2014 de fecha 26 de noviembre de 2014 resolvió:

"ARTÍCULO DOS.- Establecer que los Contratos de Alquiler de Espectro Radioeléctrico y de Roaming Nacional suscritos entre la CNT EP y OTECEL S.A. se encuentren prorrogados por el plazo de seis meses, contados a partir del 20 de agosto de 2014, en aplicación de lo señalado

*en la Disposición Transitoria Tercera del Reglamento para la Prestación de Servicio de Telecomunicaciones, a cuyo efecto **rigen las mismas condiciones técnicas económicas y comerciales que pactaron la CNT EP., y OTECEL S.A., el 30 de abril de 2014, según lo señalado por la CNT EP., en comunicación de 21 de noviembre de 2014 ...***"

*En función de lo indicado, con oficio No. 20141214 de fecha 10 de diciembre de 2014, la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP en aplicación de lo dispuesto en el Reglamento para la Prestación de Roaming Nacional Automático en Ecuador, solicitó a la entonces Secretaria Nacional de Telecomunicaciones emitir una disposición de acceso a Roaming Nacional Automático a través de la red de OTECEL SA, con la finalidad de fijar las condiciones técnicas, económicas y comerciales de responsabilidad de las empresas, entre las cuales se encuentran las obligaciones de cumplimiento de indicadores de calidad por parte de esta empresa.
(...)*

Adicionalmente, es preciso señalar que al ser la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, una Empresa Pública conforme lo señalado en la Constitución de la República en su artículo 315, las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

*Por lo tanto la CNT EP, al manejar recursos públicos no es competente para invertir en una red que no se le ha autorizado para su uso y explotación, por cuanto se ha evidenciado que la red 2G, en la cual la ex Superintendencia de Telecomunicaciones realizó las mediciones del indicador "Calidad de Conversación" **no es propiedad de la CNT EP**, siendo por ello necesario que el propietario de dicha red de acceso, en este caso, OTECEL S.A. brinde respuesta por el supuesto incumplimiento detectado por la ex SUPERTEL, más aún cuando la regulación vigente para la prestación de roaming nacional aprobada por el CONATEL, **establece y reconoce** que corresponde al prestador de la red visitada, garantizar el cumplimiento de los parámetros de calidad de todo el tráfico que curse su red de acceso.*

En tal virtud si ARCOTEL pretendiera sancionar a la CNT EP, por no brindar calidad en una red que no le pertenece se estaría yendo en contra de lo consagrado en la Constitución de la República por cuanto la Agencia de Regulación y Control también es un Organismo de la Administración Pública:

"Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución". (Lo subrayado y en negrita me pertenece)

De esta manera, si la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones dispone a la CNT EP, invertir en una Red Privada, estaría incumpliendo con el artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador.

TERCERO: (...)

Los índices de calidad del SMA aprobados por el ex CONATEL, mediante Resolución No. TEL-042-01-CONATEL-2014, establecieron los parámetros de calidad y los respectivos valores objetivos aplicables para las operadoras del servicio móvil en Ecuador, valores sobre los cuales se está evaluando a la CNT EP sobre una red de acceso 2G que incluso no es parte de su infraestructura, control y gestión.

Para la evaluación de los valores objetivos, conforme lo expuso el personal de la Dirección de Control de Servicios de Telecomunicaciones de ARCOTEL en reunión de trabajo llevada a cabo con la CNT EP, el 09 de julio de 2015 expresó que a excepción de la CNT EP, las operadoras móviles en su concesión para la prestación del SMA disponen de un margen previo a la sanción, para la evaluación de los indicadores de calidad, en función de la cual se estaría realizando previo al inicio al acto de apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador un proceso de subsanación por parte de las Operadoras del SMA, en amparo de lo establecido en los contratos de concesión. (...)

..., se evidencia que existe un trato discriminatorio hacia la Empresa Pública, mismo que afecta la valoración objetiva de los Índices de calidad, motivo que debe ser el común del Organismo de Regulación y Control y de las Operadoras móviles en su conjunto. (...)

Conforme a todos los argumentos expuestos, se desprende que el Organismo de Regulación y Control no debe sancionar a la CNT EP por cuanto se ha demostrado que el supuesto incumplimiento no corresponde a una evaluación realizada a la red de la Empresa Pública y el Informe Técnico emitido por el organismo de control carece de aspectos que permitan determinar una prueba significativa de incumplimiento".

3.2.- PRUEBAS

En el presente procedimiento se ha podido recopilar las siguientes diligencias consideradas importantes para luego de confrontarlas emitir la resolución que corresponda:

- a.- El Informe de Inspección Regular IT-IRN-C-2015-0454 de 24 de abril de 2015;
- b.- Contestación dada al Acto de Apertura por parte del autorizado;
- c.- Audiencia de Argumentación de Pruebas, por parte de la CNT EP, llevada a cabo el día 21 de octubre de 2015, a las 15H30
- d.- Informe Técnico Intermedio, a la respuesta de CNT al Acto de Apertura, contenido en el Memorando No. ARCOTEL-CZ2-2015-0766-M, de 23 de octubre

de 2015, en el cual la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones; expresa:

*Conforme ha mencionado la CNT EP en reiteradas ocasiones a través de las reuniones de trabajo de revisión de los indicadores de calidad del SMA, **no es factible para la Corporación el realizar una gestión directa de los Índices de calidad para tecnología 2G y de su cumplimiento en la red de acceso que le pertenece a OTECEL S.A.**, por cuanto los gestores y el despliegue de infraestructura en dicha tecnología es responsabilidad de la operadora propietaria.*

*En relación al informe de Inspección Regular N° IT-IRN-C-2015-0454 al cual hace referencia el acto de apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador en mención, éste se refiere a mediciones realizadas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en la población de San José de Minas, Provincia de Pichincha, **bajo tecnología 2G**, red de acceso que no pertenece a la CNT EP, y sobre la cual la Empresa Pública no realiza gestión ni administración, toda vez que la citada infraestructura de acceso es propiedad de la operadora OTECEL S.A.”.*

Al respecto, debo manifestar el análisis del área técnica de la Coordinación Zonal 2:

- 1. El cuarto inciso de las OBSERVACIONES del parámetro CALIDAD DE CONVERSACIÓN, código 1.10 de la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, indica: “El parámetro de calidad y el valor objetivo, así como las especificaciones establecidas son de obligatorio cumplimiento de parte del Prestador del SMA, independientemente de que el servicio se sustente en acuerdos o contratos suscritos con terceros, conforme la legislación aplicable”.*

Por lo tanto, al igual que para el usuario como para las actividades de control, el prestador es CNT EP. “(...)

El sistema SAMM, en lo referente al parámetro Calidad de Conversación (MOS), cumple con lo establecido en la recomendación ITU-T P.862, según se establece en el Acta de Entrega Recepción Única y Definitiva del Sistema Autónomo de Control de Redes Móviles (SAMM) de 25 de octubre de 2011, observando lo que se señala en la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014 de 16 de enero de 2014, con respecto a las mediciones con equipo de comprobación con colección automática de datos.

“Se debe indicar que en el informe respectivo se remiten los resultados, los cuales fueron obtenidos conforme a la metodología establecida en Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014 para el parámetro “CALIDAD DE CONVERSACIÓN”, específicamente lo siguiente:

- Medición con equipo de comprobación con colección automática de datos. El drive test se realizará con el equipamiento que permita la evaluación automática de la calidad de conversación percibida de acuerdo con la Recomendación ITU-T P.862.*

- Cada llamada durará al menos 60 segundos con pausas de al menos 30 segundos entre llamadas. (En este ítem se debe aclarar que las mediciones de ARCOTEL contemplan llamadas con duración de 80 segundos).
- Tamaño de la muestra: Para el caso de uso de equipo de colección automática de datos, el tamaño de la muestra serán todas las muestras colectadas durante el tiempo de muestreo que determine la SUPERTEL.

Por tanto, las pruebas tomadas por ARCOTEL son suficientes y válidas para determinar si las operadoras del SMA alcanzan o no alcanzan el valor objetivo de este parámetro. No obstante, se pueden remitir los mencionados log files para el análisis de CNT EP aun cuando, ante divergencias prevalezcan las mediciones realizadas por ARCOTEL.

“En relación a la calidad de servicio que la CNT EP brinda a sus abonados, la misma es garantizada por la Empresa Pública en función de la mejora de infraestructura e inversión en nuevas tecnologías, toda vez que las mismas van quedando obsoletas, y se requiere cada vez mayor inversión en mejoras tanto en velocidad como calidad, que es brindada con nuevas implementaciones como las que actualmente cuenta la Corporación, tanto en HSPA+ como en LTE.

La migración de los usuarios hacia estas nuevas tecnologías es cada vez mayor, dejando de esta forma, innecesaria la inversión en tecnología GSM, que en corto plazo quedará obsoleta. Siendo de esta forma, **no justificable que la CNT EP, como Empresa Pública realice nuevas inversiones en el despliegue o mejora de redes 2G, que no permiten ni garantizan un adecuado nivel de servicio a los usuarios.**”

Al respecto, se recomienda solicitar a la operadora CNT EP que informe los cronogramas o la planificación en los cuales incluyan las fechas en que dejará de comercializar, ofrecer o promocionar servicios en la tecnología 2G, y los respectivos planes de migración de usuarios y radiobases a redes de tecnologías 3G y 4G, así como la correspondiente difusión a sus usuarios/clientes.

“Mediante Resolución No. TEL-628-20-CONATEL-2014 de 08 de agosto de 2014, el antes Consejo Nacional de Telecomunicaciones aprobó el “Reglamento para la prestación de Roaming Nacional Automático en Ecuador para fomentar la leal competencia en la prestación de servicios de telecomunicaciones”, en el cual en su

Artículo 11, referente a Obligaciones de ambas partes, se establece que:

“b. El prestador de la red visitada, garantizará el cumplimiento de los parámetros de calidad de todo el tráfico que curse su red de acceso, objeto del Roaming Nacional Automático suscrito entre las partes, de tal manera, que la misma calidad obtenida para el prestador de la red visitada, se garantice para el prestador de la red origen. Adicionalmente, deberá cumplir los procesos de control y reportes detallados en el presente Reglamento. (Lo resaltado me pertenece).

De lo cual, se desprende nuevamente que en la normativa regulatoria vigente para la prestación de Roaming Nacional en el Ecuador, se establece la obligación de

que el cumplimiento de los parámetros de calidad en la red de acceso corresponden al prestador de la red visitada que para el caso análisis de la presente boleta, y conforme lo establecido en el Contrato Comercial de Uso de Facilidades de Red, bajo la modalidad de Roaming Nacional y acceso al Espectro Radioeléctrico", el proveedor de la red de acceso es la operadora OTECEL S.A. Reiterando además que conforme lo ya señalado en acápites anteriores, guarda total concordancia con las obligaciones establecidas en el Anexo D de la Autorización para la prestación del Servicio Móvil Avanzado suscrito a favor de la CNT EP."

Sobre esto debo mencionar que en uno de los ítems anteriores ya se trató la responsabilidad sobre el cumplimiento de los parámetros por parte de CNT EP; sin embargo, del mismo Reglamento citado por CNT EP se destaca lo siguiente:

Art. 11.- Obligaciones de ambas partes. "...La suscripción de un Acuerdo comercial de Roaming Nacional Automático entre las partes o una (sic) la emisión de una disposición no exime a ninguna de ellas de cumplir los parámetros de calidad vigentes para la prestación del SMA."

E) En la página 6 de la respuesta de CNT EP, se indica lo siguiente:

Mediante Resolución ARCOTEL-2015-0374 de 20 de agosto de 2015, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones expidió la "disposición de acceso a roaming nacional automático no. arcotel-01-2015 para el servicio móvil avanzado entre las redes públicas de telecomunicaciones de la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES – CNT EP Y OTECEL S.A., la cual establece lo siguiente:

"CUARTA.- OBLIGACIONES DE OTECEL S.A, y CNT EP.:

En especial son Obligaciones de OTECEL S.A.

8. Garantizar el cumplimiento de los parámetros de calidad definidos en la normativa de Índices de calidad emitida por ARCOTEL para el tráfico que cursa su red de acceso, objeto de esta Disposición, de tal manera que la misma calidad obtenida por el prestador de la red visitada, se garantice para los usuarios del prestador de la red de origen. Adicionalmente, deberá cumplir con los procesos de control y reportes que establezca la el (sic) ARCOTEL".

Conforme se concluye de lo dispuesto por la Agencia de Regulación y Control en la Resolución ARCOTEL-2015-0374, y en el Reglamento de Roaming Nacional, es responsabilidad de OTECEL S.A, el garantizar el cumplimiento de los Índices de calidad de los usuarios de la CNT EP, que acceden al servicio a través de su red, motivo del Inicio del presente Procedimiento Administrativo Sancionador.

Si bien la Disposición de Acceso a Roaming Nacional Automático, ARCOTEL-01-2015 para el servicio móvil avanzado entre las redes públicas de telecomunicaciones de la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES – CNT EP y OTECEL S.A., en la cláusula cuarta

establece las obligaciones de OTECEL hacia CNT E.P., su cumplimiento debe ser controlado por CNT, ya que la mencionada Disposición únicamente involucra a las dos partes, y, el control de los índices de parámetros de calidad efectuado por ARCOTEL son los correspondientes al servicio de SMA prestado por CNT E.P.

F) En la página 7 de la respuesta de CNT EP, se indica lo siguiente

"Por lo tanto la CNT EP, al manejar recursos públicos no es competente para invertir en una red que no se le ha autorizado para su uso y explotación, por cuanto se ha evidenciado que la red 2G, en la cual la ex Superintendencia de Telecomunicaciones realizó las mediciones del indicador "Calidad de Conversación" no es propiedad de la CNT EP, siendo por ello necesario que el propietario de dicha red de acceso, en este caso, OTECEL S.A. brinde respuesta por el supuesto incumplimiento detectado por la ex SUPERTEL, más aún cuando la regulación vigente para la prestación de roaming nacional aprobada por el CONATEL, establece y reconoce que corresponde al prestador de la red visitada, garantizar el cumplimiento de los parámetros de calidad de todo el tráfico que curse su red de acceso."

En tal virtud si ARCOTEL pretendiera sancionar a la CNT EP, por no brindar calidad en una red que no le pertenece se estaría obligando a la Empresa Pública a invertir en una red de un Operador Privado, lo cual se contrapone con lo consagrado en la Constitución de la República por cuanto la Agencia de Regulación y Control también es un Organismo de la Administración Pública, por lo tanto la Constitución manifiesta lo siguiente:

"Art 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución".

De esta manera, si la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones dispone a la CNT EP, invertir en una Red Privada, estaría incumpliendo con el artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador.

Debo mencionar que en uno de los literales anteriores ya se trató la responsabilidad sobre el cumplimiento de los parámetros por parte de CNT EP. Así, el Artículo 11 del Reglamento citado por CNT EP señala lo siguiente:

Art. 11.- Obligaciones de ambas partes. "...

La suscripción de un Acuerdo comercial de Roaming Nacional Automático entre las partes o una (sic) la emisión de una disposición no exime a ninguna de ellas de cumplir los parámetros de calidad vigentes para la prestación del SMA."

Adicionalmente, la Condición General Cuarta, Anexo 1, de la Resolución ARCOTEL-2015-0374 de 20 de agosto de 2015, mediante la cual se expide la "Disposición de Acceso a Roaming Nacional Automático No. ARCOTEL-01-2015

para el servicio móvil avanzado entre las redes públicas de telecomunicaciones de la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES – CNT EP y OTECEL S.A.”, indica:

“Cuarta.- Obligaciones de OTECEL S.A. y CNT EP:

Son obligaciones y responsabilidades de OTECEL S.A. y CNT EP., sin perjuicio de otras constantes en esta Disposición, las siguientes:

1. Cumplir con los índices de calidad de los servicios de telecomunicaciones según la normativa vigente establecida para los prestadores del SMA. (..).”

Se reitera que las mediciones fueron realizadas empleando líneas pertenecientes a la operadora CNT EP.

G) La operadora también menciona en las páginas 7 y 8 que:

“Los Índices de calidad del SMA aprobados por el ex CONATEL, mediante Resolución No. TEL-042-01-CONATEL-2014, establecieron los parámetros de calidad y los respectivos valores objetivos aplicables para las operadoras del servicio móvil en Ecuador, valores sobre los cuales se está evaluando a la CNT EP sobre una red de acceso 2G que incluso no es parte de su Infraestructura, control y gestión.”

Sobre lo mencionado corresponde lo indicado en el literal A) del presente documento.

“Para la evaluación de los valores objetivo, conforme lo expuso el personal de la Dirección de Control de Servicios de Telecomunicaciones de ARCOTEL en reunión de trabajo llevada a cabo con la CNT EP, el 09 de julio de 2015 expresó que a excepción de la CNT EP, las operadoras móviles en su concesión para la prestación del SMA disponen de un margen previo a la sanción, para la evaluación de los indicadores de calidad, en función de la cual se estaría realizando previo al inicio del acto de apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador un proceso de subsanación por parte de las Operadoras del SMA, en amparo de lo establecido en los contratos de concesión.

(...)

Al no ser observado este particular por la ARCOTEL y de tal forma considerado en la evaluación de los indicadores de calidad de la CNT EP, se evidencia que existe un trato discriminatorio hacia la Empresa Pública, mismo que afecta la valoración objetiva de los índices de calidad, motivo que debe ser el común del Organismo de Regulación y Control de las operadoras móviles en su conjunto.”

Sobre este aspecto, se recomienda que la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones realice un análisis, para que la operadora CNT EP cuente con un tratamiento similar al establecido en la Cláusula 52, literal c), de los contratos de

concesión para el SMA de las otras prestadoras del servicio.

H) En la página 8, se manifiesta:

Adicionalmente, mediante oficio No. VPR-9962-2015 de 29 de julio de 2015, OTECEL SA, como resultados de la revisión de los Informes Técnicos en particular para la zona 26 de la ciudad de Quito, Provincia de Pichincha, reporta un valor alcanzado de 3.3 en las mediciones realizadas en la mencionada zona durante el mes de marzo de 2015, asimismo OTECEL S.A., dentro del oficio señalado textualmente indica lo siguiente:

“Por lo expuesto y considerando que (...) de las mediciones realizadas por ARCOTEL con líneas de CNT EP y de OTECEL S.A. son diferentes, no obstante que utilizan la misma red de acceso, en virtud del “Contrato Comercial de Uso de Facilidades de Red, bajo la modalidad de Roaming Nacional y acceso al Espectro Radioeléctrico”, es necesario que se solicite al Organismo de Regulación y Control que realice una revisión del procedimiento de medición y procesamiento del parámetro de calidad, ya que no debería existir tal variación en los resultados”.

Siendo de esta manera la Operadora Propietaria de la Red de Acceso en 2G, quien manifiesta al respecto de la necesidad de revisar el procedimiento utilizado por el Organismo de Regulación y Control, para las mediciones en campo; ya que se reflejan diferencias que técnicamente no deberían existir.

Conforme a todos los argumentos expuestos, se desprende que el Organismo de Regulación y Control no debe sancionar a la CNT EP por cuanto se ha demostrado que el supuesto incumplimiento no corresponde a una evaluación realizada a la red de la Empresa Pública y el Informe Técnico emitido por el organismo de Regulación y Control carece de aspectos que permitan determinar una prueba significativa de incumplimiento.

Sobre este aspecto, en lo relacionado a que no deben existir diferencias entre los valores de MOS medidos de cada una de las operadoras, se debe mencionar que esto puede variar de acuerdo a algunos aspectos entre los cuales detallo los siguientes:

- Número de llamadas efectuadas, por ende, número muestras con valor de MOS recolectadas por el sistema SAMM por cada operadora.
- Congestión de la red.
- Tiempos de procesamiento de cada llamada dentro de la red de la operadora.

CONCLUSIÓN

Con base en el análisis expuesto, el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 considera que la operadora del SMA Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, no ha desvirtuado técnicamente el hecho señalado

en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2015-CZ2-0015."; y,

e.- Informe Jurídico ARCOTEL-2015-CZ2-R-00027, en que se hace una análisis de todas las constancias procesales, el mismo que será considerado dentro de la Motivación a la presente Resolución.

3.3.- MOTIVACIÓN

Como consecuencia de la contestación dada por la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, representada en el presente acto por el ingeniero César Regalado Iglesias, los datos aportados durante la audiencia de argumentación de pruebas; y, el informe jurídico, a más de los documentos existentes y que fueron fundamento del Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo ARCOTEL-2015-CZ2-0015, es necesario considerar lo siguiente:

a.- La comparecencia al procedimiento por parte de la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, legalmente representada por el ingeniero César Regalado Iglesias, se encuentra debidamente legitimada.

b.- No habiendo asuntos de procedimiento que puedan afectar a la validez de todo lo actuado y por cuanto se han observado las garantías del debido proceso consagrados en la Constitución de la República y las formalidades establecidas en las leyes y reglamentos respectivos, se declara válido todo lo actuado.

c.- Para poder realizar un análisis detenido de los argumentos de la defensa es necesario que se consideren las siguientes disposiciones legales:

Constitución de la República.

El numeral 1 del artículo 83 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone: "***Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:***

1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente".

Se debe considerar que las Resoluciones que fueron emitidas legítimamente por el Ex CONATEL, cuando su derogatoria no sea expresa, son de cumplimiento obligatorio, ya que fueron emitidas por Autoridad con competencia, constitucional, jerárquica y legal, conforme lo ordena la Constitución de la República en su artículo 132 número 6; y, la empresa pública CNT EP, en el Título Habilitante se comprometió a adoptar las resoluciones que al efecto se dicten

Por lo expuesto y en uso de la facultad reguladora el CONATEL, mediante Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, de 10 de enero del 2014 estableció los nuevos índices de Calidad del Servicio Móvil Avanzado; y, TEL-458-16-CONATEL-2014, de 27 de junio del 2014, modificó las especificaciones técnicas de los parámetros de calidad para el Servicio Móvil Avanzado, concretamente en lo que tiene que ver con el parámetro CALIDAD DE CONVERSACIÓN.

En el Anexo a la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, Código 5.10 (1.10), se establecen los valores objetivos >3,3 tanto para la tecnología 2G como para la 3G y se establece que las mediciones serán realizadas por la SUPERTEL.

Por lo tanto estos cambios efectuados por el CONATEL, pasaron a ser parte integrante del Título Habilitante Otorgado a favor de la CNT EP, que debían ser cumplidos de manera obligatoria.

Art. 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.

El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.

Esta disposición manifiesta en primer lugar que los servicios públicos será responsabilidad del Estado y además garantizará que los servicios y su provisión respondan a algunos principios determinados en el inciso segundo del artículo transcrito.

Por otro lado es necesario que se considere que como empresa pública la CNT EP, de conformidad con lo que determina el artículo 425 de la Constitución constituye y comprende el sector público.

La siguiente norma que se transcribe corrobora aún más lo aseverado en líneas anteriores

Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.

La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.

Es decir, en primer lugar hay una obligación constitucional que se debe cumplir en la prestación de un servicio público y en cumplimiento de la Ley y de las órdenes de autoridad competente

Código Civil

Es necesario en esta parte para establecer los motivos que llevan a tomar una resolución, concurrir a la norma supletoria que constituye el Código Civil vigente y transcribir algunas disposiciones que tienen que ver fundamentalmente con el efecto de las obligaciones que manifiestan:

Art. 1561.- Efecto de los contratos.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Clara disposición, ya que el contrato solo obliga a las partes que se someten a él, es ley para las partes, y dan derecho a exigir su cumplimiento para con la parte incumplida, por lo tanto no pueden obligar a terceros, aunque puedan verse afectados.

Art. 1454.- Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.

Sigue hablando de parte en la contratación y de las obligaciones recíprocas y de los compromisos de las partes.

Título Habilitante

Otro documento que debe observar el operador, es a lo que se ha comprometido en el Título Habilitante, con todos los Anexos y apéndices y al respecto se manifiesta:

En las CONDICIONES GENERALES PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES, a favor de la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP en su artículo 18 que habla de la Suscripción de Contratos con Terceros y que es recogido por los Técnicos de la Zona 2 de ARCOTEL, en el Análisis de la Respuesta dada al Acto de Apertura, ARCOTEL-2015-CZ2-0008 y que manifiesta:

18.1 La Empresa Pública, podrá negociar y suscribir los convenios y contratos con terceros que sean necesarios o convenientes para la ejecución de este instrumento, con sujeción al Ordenamiento Jurídico Vigente. Así mismo, la Empresa Pública podrá suscribir contrato de reventa para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, sujetándose al Ordenamiento Jurídico Vigente.

18.2 La celebración de estos contratos no exime a la Empresa Pública del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente instrumento, ni de las establecidas en el Ordenamiento Jurídico Vigente.

18.3 En cualquier caso, la Empresa Pública siempre será la responsable ante los abonados/clientes-usuarios y organismos de administración, regulación y control, por la prestación de los servicios contemplados en el presente instrumento en los términos definidos en el presente instrumento y el Ordenamiento Jurídico Vigente.

18.4 Los contratos o acuerdos que la Empresa Pública suscriba con terceros, incluyendo los de reventa no podrá contener estipulaciones que de alguna manera limiten parcial o totalmente dicha responsabilidad o transfieran los derechos y obligaciones que asume por efectos de este instrumento”.

Como puede verse, la Operadora no se encuentra eximida de responsabilidad ante sus abonados/clientes- usuarios y ante los organismos de regulación y control y tiene que cumplir con lo que se determina en el Título Habilitante, en especial en las obligaciones contraídas.

Esto tiene relación con el numeral 7.16 del ANEXO D de las CONDICIONES GENERALES PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES A FAVOR DE LA CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES – CNT EP :

“La Empresa Pública en ningún caso podrá eximirse de su responsabilidad frente a sus abonados/clientes-usuarios y ante los organismos de regulación, administración y control de las telecomunicaciones, aun cuando contrate o subcontrate con terceros la prestación y/o reventa de los servicios a los que está obligada, de conformidad con el Ordenamiento Jurídico Vigente”.

El Título Habilitante, "CONDICIONES GENERALES PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES", en su anexo: **D, Condiciones para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado**, en el **ARTÍCULO 6**, que habla de los índices de calidad manifiesta:

ARTICULO 6.- ÍNDICES DE CALIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO.-

6.1 La Empresa Pública tendrá la obligación de efectuar la medición de los Índices de Calidad que constan en el Apéndice 1 y las resoluciones que en lo posterior, sobre parámetros de calidad del servicio dicte el CONATEL. Los resultados de las mediciones realizadas por la empresa Pública y sus respectivos archivos de respaldo, estarán a disposición de la SUPERTEL y SENATEL para su control mediante el Sistema Automatizado de Adquisición de Datos (SAAD).

6.3 La Resolución que dicte el CONATEL modificando o reformando los Índices de Calidad, entrará a formar parte del presente Anexo, una vez efectuado el registro y notificación, en forma automática, sin necesidad de otra formalidad o requisito.

El CONATEL, mediante Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, de 10 de enero de 2014, estableció los nuevos índices de Calidad del Servicio Móvil Avanzado; y, TEL-458-16-CONATEL-2014, de 27 de junio del 2014, modificó las especificaciones técnicas de los parámetros de calidad para el Servicio Móvil Avanzado, concretamente en lo que tiene que ver con el parámetro CALIDAD DE CONVERSACIÓN.

En el Anexo a la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, Código 5.10 (1.10), se establecen los valores objetivos > 3,3 tanto para la tecnología 2G como para la 3G y se establece que las mediciones serán realizadas por la SUPERTEL.

Por lo tanto estos cambios efectuados por el CONATEL, pasaron a ser parte integrante del Título Habilitante Otorgado a favor de la CNT EP y debieron ser de obligatorio cumplimiento.

Otras situaciones a considerar tienen que ver con la Contestación dada por la CNT EP, y el Análisis de la Respuesta al Acto de Apertura realizada por el Ing. Christian Criollo que es necesario considerar:

A inicios de la foja 4 del escrito de comparecencia o de respuesta al Acto de Apertura la CNT EP, y en referencia a la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014, que habla de los Índices de Calidad fundamentalmente para la calidad de conversación MOS manifiesta:

"El parámetro de calidad y el valor objetivo, así como las demás especificaciones establecidas son de obligatorio cumplimiento de parte del Prestador del SMA, independientemente de que el servicio se sustente en acuerdos o contratos suscritos con terceros, conforme la legislación aplicable."

Es decir que hay un reconocimiento de la CNT EP, que los parámetros de calidad son de obligatorio cumplimiento por un lado; y, son completamente independientes de los contratos suscritos con terceros, conforme la legislación aplicable.

d.- Un aspecto a considerar es que si la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación Control de las Telecomunicaciones actuó con competencia durante todo este procedimiento administrativo que nos ocupa en esta resolución y tenemos:

El artículo 226 de la Constitución de la República determina lo que se les está permitido hacer a los funcionarios públicos, de la siguiente manera:

"Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la Ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución"

En este artículo transcrito que habla de la competencia de los funcionarios públicos, se la debe relacionar con lo que determina el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva desde el artículo 84 hasta el 88 y que en lo fundamental manifiestan:

Art. 84.- De la competencia.- La competencia administrativa es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo. La competencia administrativa es irrenunciable y se ejercerá por los órganos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación cuando se ejercen en forma prevista en este Estatuto.

Art. 85.- Razones de la competencia.- La competencia administrativa se mide:

a) La materia que se le atribuye a cada órgano, y dentro de ella según los diversos grados;

b) El territorio dentro del cual se puede ejercer legalmente dicha competencia; y,

c) El tiempo durante el cual se puede ejercer válidamente dicha competencia:

Bajo estas circunstancias esta Autoridad ha ejercido la competencia por lo siguiente:

Resoluciones de ARCOTEL

Mediante Resolución No.001-01-ARCOTEL-2015, de 4 de marzo del 2015, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en cumplimiento de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, resolvió:

“Artículo 2.- Aprobar la estructura temporal de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, presentada con el informe técnico señalado en el artículo precedente, conforme consta del Anexo 1 de la presente resolución.

Artículo 3.- Autorizar a la Dirección Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones para que, con sujeción a la estructura temporal aprobada en el artículo 2 de la presente Resolución, defina el ámbito de competencias y atribuciones y realice las acciones que sean necesarias para el cabal funcionamiento de las Coordinaciones Nacionales, Técnica y Generales, así como de las Direcciones y Unidades, según corresponda (...)

El numeral 8 de las **“CONCLUSIONES”** del Informe Técnico para la aprobación de la Estructura Organizacional Temporal de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, de la Resolución Ibídem señalada:

“La estructura temporal permitirá a la institución Garantizar la prestación de servicios y la entrega de los productos que proveían a sus usuarios de la EX SENATEL, el EX CONATEL y la EX SUPERTEL, durante el tiempo previsto para la transición en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”

Resolución 002-01-ARCOTEL-2015

Mediante Resolución 002-01-ARCOTEL-2015 de 04 de marzo del 2015, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en el artículo 1 resuelve: *"Designar a la Ingeniera Ana Vanessa Proaño De la Torre como Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, quien ejercerá las competencias y atribuciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás normas pertinente."*

De lo anotado anteriormente, y de lo prescrito en el Art. 126, de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que dice: **"Apertura. Cuando se presuma la comisión de cualquiera de las infracciones establecidas en esta Ley, el Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones emitirá el acto de apertura del procedimiento sancionador."**, culminando con el Art. 129, del mismo cuerpo legal: **"Resolución. El Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emitirá la resolución del procedimiento administrativo sancionador dentro de los veinte días hábiles siguientes al vencimiento del lapso de evacuación de pruebas"**; lo cual despeja cualquier duda sobre la competencia de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones; quedando por determinar los temas que generan duda en la contestación de la CNT EP, respecto de los aspectos técnicos, materia de la controversia, la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, a través del Informe, contenido en el Memorando No. ARCOTEL-CZ2-2015-0766-M, de 23 de octubre de 2015, puntualiza todas las condiciones técnicas por las cuales, no se desvirtúa el hecho infractor.

Sin embargo de todo lo expuesto, en relación a lo manifestado en la comparecencia de CNT EP, en el sentido: *"...Conforme ha mencionado la CNT EP en reiteradas ocasiones a través de las reuniones de trabajo de revisión de los indicadores de calidad del SMA, **no es factible para la Corporación el realizar una gestión directa de los Índices de calidad para tecnología 2G y de su cumplimiento en la red de acceso que le pertenece a OTECEL S.A., por cuanto los gestores y el despliegue de infraestructura en dicha tecnología es responsabilidad de la operadora propietaria (...)**"*... conforme lo expuso el personal de la Dirección de Control de Servicios de Telecomunicaciones de ARCOTEL en reunión de trabajo llevada a cabo con la CNT EP, el 09 de julio de 2015 **expresó que a excepción de la CNT EP, las operadoras móviles en su concesión para la prestación del SMA disponen de un margen previo a la sanción, para la evaluación de los indicadores de calidad, en función de la cual se estaría realizando previo al inicio al acto de apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador un proceso de subsanación por parte de las Operadoras del SMA, en amparo de lo establecido en los contratos de concesión**"; se debe considerar, que la relación contractual del Estado Ecuatoriano, con la Operadora del Servicio Móvil Avanzado OTECEL S.A., estipula: en la cláusula CINCUENTA Y DOS.- **"Incumplimientos contractuales.-**

Cincuenta y Dos punto Uno.- Incumplimientos de primera clase.- Se considerarán como incumplimientos de primera clase las siguientes acciones u omisiones: **c) Incumplimiento del parámetro de calidad, codificado como cinco punto diez (5.10) en el Anexo cinco (5) de este Contrato, en un desvío mayor al diez por ciento (10%) en desmedro del valor objetivo del índice, o cuando no se haya subsanado el incumplimiento del parámetro de calidad antes señalado, con un desvío menor o igual al diez por ciento (10%) en desmedro del valor objetivo del índice, de acuerdo a lo establecido en la cláusula cincuenta y tres (53) de este Contrato. (lo resaltado me pertenece)**, por lo que cabe la aplicación del Ejercicio de Derechos, consagrado en la Constitución de la República, de la siguiente manera: Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento. 2.-... El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que **promuevan la igualdad real** en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad"; por lo que:

a.- La comparecencia al procedimiento por parte de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT E.P., Empresa Pública autorizada para prestar el servicio Móvil Avanzado a nivel nacional, ha sido justificada y legitimada en debida forma; y,

b.- La Constitución de la República, Norma Suprema, afirma que el Estado adoptará medidas de acción afirmativa que **promuevan la igualdad real** en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad, que es el caso que nos ocupa, por cuanto respecto de CNT EP, no existe permisividad del valor objetivo del parámetro "Calidad de Conversación" – MOS ($MOS \geq 3,3$), establecido en la Resolución TEL-042-01-CONATEL-2014 de 10 de enero de 2014, lo cual no se aplica en lo referente a otras Operadoras del Servicio Móvil Avanzado, donde se acepta un desvío menor o igual al diez por ciento (10%) en desmedro del valor objetivo del índice, por lo cual, se debe aceptar, la argumentación de la CNT EP.

Esta decisión se toma con sustento en el artículo 75 de la Constitución que habla del derecho a la tutela judicial efectiva y en el artículo 76 que habla del debido proceso.

En ejercicio de las atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias.

III RESOLUCIÓN.

Artículo 1.- ACOGER el informe jurídico No. ARCOTEL-2015-JCZ2-R-0027, de 7 de diciembre de 2015, emitido por la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 2.

Artículo 2.- ACEPTAR que la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT E.P., autorizada para prestar el servicio Móvil Avanzado a nivel Nacional, con RUC 1768152560001; dentro del Acto de Apertura del

Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2015-CZ2-0015, ha presentado en su favor consideraciones constitucionales, respecto a la igualdad en derechos y prestación de los servicios públicos, los cuales deben ser aceptados, en observancia a la tutela efectiva de derechos.

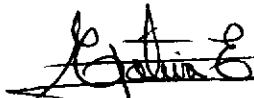
Artículo 3.- DISPONER que el procedimiento iniciado en contra de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT E.P., Empresa Pública autorizada para prestar el servicio Móvil Avanzado a nivel Nacional, a través del Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2015-CZ2-0015, sea archivado.

Artículo 4.- DISPONER a la **CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT E.P.**, con RUC 1768152560001, cumpla con lo determinado en el Título Habilitante y con las resoluciones del Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en los referente a los Índices de Calidad del Servicio Móvil Avanzado.

Artículo 5.- NOTIFICAR con la presente Resolución, a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT E.P., Empresa Pública autorizada para prestar el servicio Móvil Avanzado a nivel nacional, con RUC 1768152560001; a su ruego, en la Av. Amazonas No. 36-49 y Corea, Edificio Vivaldi, Sexto Piso.

Cúmplase

Dado y firmado en el Distrito Metropolitano de Quito, a 8 de diciembre de 2015



Ing. Miguel Jativa Espinosa
INTENDENTE REGIONAL - COORDINADOR ZONAL 2
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES



(COPIA)

Eduardo Carrión
7 de diciembre de 2015.
cc. Archivo