



Oficio Nro. CNTEP-GNARI-RG-2023-0510-O

Quito, 03 de octubre de 2023

Asunto: Aportes al proyecto de "ESTABLECIMIENTO DE TOPES DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO"

Señor Magíster
Juan Carlos Soria Cabrera
Director Ejecutivo
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES
En su Despacho

De mi consideración:

En relación al proceso de Consultas Públicas al proyecto de: “Establecimiento de topes de espectro radioeléctrico para la prestación del Servicio Móvil Avanzado” y dentro del plazo establecido en la convocatoria publicada por ARCOTEL, a continuación, sírvase encontrar las observaciones generales, y en formato adjunto las observaciones específicas del citado proyecto, las cuales solicitamos sean acogidas por su autoridad.

La Constitución de la República, es la Norma Suprema del estado ecuatoriano, pues sobre ella descansa toda la organización jurídica y política de éste, y está sometida toda la legislación ecuatoriana. Su jerarquía y utilidad deriva del hecho que ella da cuenta de establecer las normas fundamentales que amparan los derechos, libertades y obligaciones de todos los ciudadanos, así como las del Estado y las Instituciones del mismo. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales. [1]

Bajo lo expuesto, el proyecto normativo que pretende establecer topes de espectro radioeléctrico para la prestación del Servicio Móvil Avanzado, debe sujetarse inequívocamente, a los principios constitucionalmente establecidos y aquellos señalados en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

La CNT en calidad de empresa pública, comparte las conclusiones derivadas del Criterio Jurídico Nro. ARCOTEL-CJDA-2023-0033 del 5 de junio de 2023, citado en el Informe Técnico Nro.IT-CRDE-2023-014 de 19 de septiembre de 2023, dentro del proceso de consulta pública, el cual afirma **“el tope de espectro determinado en las citadas resoluciones no aplica a empresas públicas, sino exclusivamente a las personas de derecho privado que ostenten la calidad de concesionarios de servicios de telecomunicaciones.”** Sin embargo, resulta importante mencionar que tal afirmación, nace en la carta Magna, como lo detallamos a continuación:

La Constitución de la República, califica al espectro radioeléctrico como sector estratégico en el Art. 313, cuya gestión corresponde al Estado en forma directa a través de

Oficio Nro. CNTEP-GNARI-RG-2023-0510-O

Quito, 03 de octubre de 2023

sus empresas públicas, y únicamente de manera excepcional por gestión delegada a las empresas privadas. (Arts. 315 y 316 ibídem).

Además, la sentencia interpretativa de carácter obligatorio emitida por la Corte Constitucional y publicada en el Registro Oficial No. 629, de 30 de enero de 2012, que interpretó los Arts. 313, 315 y 316 de la Constitución, determina el rol de las empresas públicas delegatarias de servicios públicos y en su análisis señala lo siguiente:

“Si bien las Empresas Públicas, dentro del ámbito y/o sector que les corresponda, tienen un derecho prioritario que nace de la Constitución -de gestionar los sectores estratégicos y prestar servicios públicos-, es necesario que el Estado, como responsable de los mismos y siendo competente para su administración, regulación y control, autorice el ejercicio de dicho derecho, estableciendo los parámetros, condiciones y requisitos necesarios para que la gestión obre correctamente” [El énfasis me corresponde]

De esta manera, se observa como se reconoce el derecho de la empresa pública de gestionar el espectro radioeléctrico, que dada su naturaleza dicha gestión constituye un derecho pre existente, que viene dado por la Constitución. Igual ocurre en la parte decisiva de la sentencia en mención que se caracteriza por ser de aplicación obligatoria, ya que es normativa, y es vinculante general, que no condiciona a la empresa pública su facultad o derecho para gestionar el espectro. A continuación, consta la parte pertinente de la sentencia interpretativa en la que se declara dicho derecho:

“SENTENCIA INTERPRETATIVA: 1. De conformidad con lo manifestado en los considerandos que anteceden, el Pleno de la Corte Constitucional interpreta los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución de la República, en los siguientes términos: Debe entenderse que las empresas públicas únicamente gozan de la facultad de gestionar los sectores estratégicos y/o prestar los servicios públicos, para los que hubieren sido autorizadas, sin que les esté permitido a su vez, a dichas empresas públicas, delegar a la iniciativa privada la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos, lo cual es competencia de los organismos pertinentes conforme lo establecido en la ley.” [El énfasis me corresponde]

Bajo este paraguas constitucional, las empresas públicas estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, y la prestación de servicios públicos como son las telecomunicaciones, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado. Las Empresas Públicas, son empresas creadas al amparo constitucional, que establecen los medios para garantizar el cumplimiento de las metas fijadas en las políticas del estado ecuatoriano, y fomentar el desarrollo integral, sustentable, descentralizado y desconcentrado del Estado, contribuyendo a la satisfacción de las necesidades básicas de sus habitantes, a la utilización racional de los recursos, a la reactivación y desarrollo del aparato productivo y a la prestación eficiente de servicios públicos. Las Empresas

Oficio Nro. CNTEP-GNARI-RG-2023-0510-O

Quito, 03 de octubre de 2023

Públicas son las encargadas de proteger el patrimonio, la propiedad estatal, pública y los derechos que tienen las generaciones futuras sobre los recursos estatales como son las telecomunicaciones y el espectro radioeléctrico.

Tal es así que, la CNT EP al ser la empresa pública de telecomunicaciones que presta sus servicios a nivel nacional, creada mediante Decreto Ejecutivo No. 218, tiene un derecho preferente sobre las empresas privadas, tal como lo expresa el artículo 55 de la LOT.

“Art. 55.- Derecho Preferente de Empresas Públicas.- Las empresas públicas que presten servicios de telecomunicaciones tendrán derecho preferente para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, de conformidad con la disponibilidad existente.”

Inclusive, por disposición legal[2], las Empresas Públicas se rigen por los siguientes principios:

“Art. 3.- PRINCIPIOS.- Las empresas públicas se rigen por los siguientes principios:

- 1. Contribuir en forma sostenida al desarrollo humano y buen vivir de la población ecuatoriana;*
- 2. Promover el desarrollo sustentable, integral, descentralizado y desconcentrado del Estado, y de las actividades económicas asumidas por éste.*
- 3. Actuar con eficiencia, racionalidad, rentabilidad y control social en la exploración, explotación e industrialización de los recursos naturales renovables y no renovables y en la comercialización de sus productos derivados, preservando el ambiente;*
- 4. Propiciar la obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, universalidad, accesibilidad, regularidad, calidad, continuidad, seguridad, precios equitativos y responsabilidad en la prestación de los servicios públicos;*
- 5. Precautelar que los costos socio-ambientales se integren a los costos de producción; y,*
- 6. Preservar y controlar la propiedad estatal y la actividad empresarial pública.”*

Lo expuesto guarda relación con el Criterio Jurídico Nro. ARCOTEL-CJDA-2023-0033 del 5 de junio de 2023, citado en el Informe Técnico Nro.IT-CRDE-2023-014 de 19 de septiembre de 2023, dentro del proceso de consulta pública, el cual afirma lo siguiente:

“4. CONCLUSIÓN. -

“En orden a los antecedentes, consideraciones jurídicas y análisis expuestos es criterio de esta Dirección que las Resoluciones Nros. TEL-744-20-CONATEL-2011 de 12 de octubre de 2011 y TEL-137-04-CONATEL-2015 de del 02 de febrero de 2015, que establecieron como tope de espectro 100 MHz, pueden ser modificadas o eliminadas por el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, a través de la emisión del acto administrativo respectivo.

Oficio Nro. CNTEP-GNARI-RG-2023-0510-O

Quito, 03 de octubre de 2023

Adicionalmente, se ha podido establecer que el tope de espectro determinado en las citadas resoluciones no aplica a empresas públicas, sino exclusivamente a las personas de derecho privado que ostenten la calidad de concesionarios de servicios de telecomunicaciones.” (El poner negritas y subrayar me corresponde)

Lamentablemente, el Informe Técnico Nro. IT-CRDE-2023-014 que sustenta la propuesta de normativa objeto de este documento, refleja contradicciones y parece no respetar el Criterio Jurídico Nro. ARCOTEL-CJDA-2023-0033, al afirmar que “**los topes de espectro deben ser establecidos para todos los operadores de SMA sean éstos públicos y privados.**” Para esta conclusión, se toma como premisa la disposición de garantizar la asignación equitativa del espectro radioeléctrico, principio que está prescrito en nuestra Carta Suprema.

Al respecto es importante señalar que el valor semántico del término IGUALDAD no es el mismo del término EQUIDAD. Aunque ambos términos revisten ideas semejantes tiene connotaciones distintas, pues la “equidad” implica que cada actor debe recibir lo que le corresponde o lo que merece, mientras el término “igualdad” implica que cada actor recibirá lo mismo, sin considerar las diferencias entre ellos.

En este orden de ideas, es claro que el operador público respecto de las operadoras privadas, tiene sendas diferencias cuya génesis se encuentran definidas en la propia Constitución, tal y como se lo ha descrito ampliamente. Tal es así, que el título habilitante otorgado por el estado ecuatoriano de manera directa para las empresas públicas no es el mismo que el otorgado por gestión delegada para las empresas privadas, de igual forma el derecho preferente en la asignación de espectro en favor de la Empresa Pública no es aplicable para la iniciativa privada.

En definitiva, y con el ánimo de garantizar la equidad en el servicio y la administración eficiente de los recursos del Estado, el Regulador debe considerar y respetar el rol de la Empresa Pública y sus derechos consagrados a nivel constitucional.

En este sentido, no se puede llegar a una conclusión errada de que, bajo un principio de EQUIDAD, el establecimiento de topes de espectro debe ser aplicado por igual a todas las operadoras sean éstas privadas o públicas. Por lo expuesto, CNT EP concuerda con el Criterio Jurídico Nro. ARCOTEL-CJDA-2023-0033 del 5 de junio de 2023 conocido por el Directorio de ARCOTEL[3], en el que circunscribe el alcance del establecimiento de topes de espectro solamente a las operadoras privadas del SMA.

Por otro lado, el Informe Técnico Nro. IT-CRDE-2023-014, por un lado, manifiesta que, *“con la finalidad de generar y mantener equidad regulatoria entre todos los operadores, es fundamental aplicar topes de espectro tanto a los operadores privados como públicos, a fin de “evitar un desequilibrio competitivo” entre las empresas”*. Pero por otro lado, reconoce que *“no se cuenta con principios y normas claras establecidas en un*

Oficio Nro. CNTEP-GNARI-RG-2023-0510-O

Quito, 03 de octubre de 2023

instrumento normativo; respecto de la cantidad de espectro que puede o debe ser asignado, a directrices que permitan enfrentar posibles problemas de competencia, por lo que la gestión y administración del espectro radioeléctrico se vería altamente afectada, sobre todo en la capacidad que debe tener el Estado en la redistribución equitativa de los recursos, así como en no permitir el oligopolio o monopolio en el uso de frecuencias”. [El énfasis me corresponde].

En primer lugar, el Informe Técnico menciona la importancia de aplicar topes de espectro **inclusivo a la Empresa Pública** para evitar desequilibrios competitivos entre las empresas, sin embargo, el Regulador admite que no se cuenta con principios y normas claras establecidas en un instrumento normativo para abordar dichos problemas. Entonces, he aquí la gran confusión emanada del informe técnico. ¿cómo se puede pretender incluir una obligación a la Empresa Pública en contra de los principios constitucionales y legales, aduciendo un desequilibrio competitivo, si se reconoce expresamente que no se cuenta con principios y normas claras en términos de competencia?

En definitiva, el Informe Técnico Nro. IT-CRDE-2023-014 fundamenta a la regulación para el establecimiento de topes de espectro como una alternativa para enfrentar posibles problemas de competencia. Sin embargo, no existe evidencia de que se haya efectuado un análisis exhaustivo del estado de competencia en el sector de las telecomunicaciones, por lo que, no se puede llegar a una conclusión errada y subjetiva. Dicho informe además es contradictorio, ya que además, en la conclusión del numeral 5.5 que versa sobre la Disponibilidad de espectro para el SMA se señala de manera expresa que “*Considerando que uno de los motivos por los cuales se establecen topes de espectro, corresponde a evitar problemas de competencia por una posible escasez natural de este recurso y que, de conformidad con el análisis antes planteado, existe suficiente disponibilidad de frecuencias para la implementación de las IMT, **no se justificaría la implementación de topes de espectro, para subsanar este motivo.***” (El poner negritas me corresponde).

En definitiva, existe una contradicción entre la declaración de la necesidad de establecer topes de espectro a la Empresa Pública para evitar problemas de competencia y el reconocimiento de la falta de principios y normas claras, lo que genera desafíos significativos en términos de coherencia y seguridad jurídica.

Esta contradicción entre el Informe Técnico Nro. IT-CRDE-2023-014 y el Criterio Jurídico Nro. ARCOTEL-CJDA-2023-0033, se evidencia en el proyecto normativo socializado, a lo largo del texto existen definiciones que podrían inducir a un error y a través de estas definiciones se pretende poner en duda una aplicación de topes de espectro para la Empresa Pública, lo cual podría dar lugar a interpretaciones inconsistentes y a posibles desafíos legales, que bien pueden ser evitados a través de una armonización del texto propuesto en garantía del derecho constitucional a favor de la Empresa Pública, de acuerdo con el siguiente detalle:

En la **parte considerativa**, se hacen referencias a la adjudicación directa dando énfasis a la distribución equitativa del espectro (artículos 50, 51 y 52 de la LOT), y no se incluye como referencia el artículo 53 de la LOT que está dirigida a los títulos habilitantes para la iniciativa privada y el artículo 55 de la LOT que reconoce el derecho preferente de la Empresa Pública.

Por lo tanto, en aras de guardar la claridad, coherencia y congruencia entre la parte considerativa y resolutive, caso contrario la resolución adolecería de una de sus características esenciales que es su integridad, es decir garantizar la inclusión de cuestiones esenciales, se solicita que además de los considerados que anuncian los artículos 50, 51 y 52 de la LOT se incluyan las referencias sobre el artículo 53 de la LOT, así como el artículo 55 de la LOT el cual reconoce el derecho preferente de las empresas públicas de servicios de telecomunicaciones para el uso y explotación del espectro radioeléctrico lo cual sería consistente con la propuesta resolutive. Se solicita, además, se elimine el considerando que está orientado a frecuencias de radio y televisión, pues no se encuentra una razón lógica de su inclusión, cuando el alcance de esta norma es para el servicio móvil avanzado.

En cuanto a la parte resolutive de la propuesta de “Establecimiento de Topes de Espectro radioeléctrico para la prestación del Servicio Móvil Avanzado”, es importante añadir que tomando como analogía las resoluciones que se dictan en el ámbito judicial, las mismas deben ser íntegras, expresas, claras y no contradictorias. En este sentido, la parte resolutive debe precisar lo que decide sin confusiones ni incertidumbres. Su característica de ser “expresa” comprende el hecho de que no se debe remitir a la motivación u a otro documento, por cuanto la parte considerativa ya contempla los fundamentos de hecho y de derecho correspondientes. Así mismo, la parte resolutive debe contener la decisión expresa y declaración principal sobre el tema que la motiva. Por lo expuesto no es procedente que en el artículo 2 relativo al “Ámbito” de la resolución se pretenda referenciar únicamente un Criterio Jurídico como elemento legal para no fijar los topes de espectro a una Empresa Pública, ya que esto sería desconocer que este derecho pre existente viene dado a nivel Constitucional. En ese sentido, como ya se mencionó el Regulador está en la obligación de establecer la normativa de topes de espectro, con sujeción a los principios constitucionalmente establecidos y al derecho preferente para la Empresa Pública establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y no referirlos únicamente al criterio jurídico Nro. ARCOTEL-CJDA-2023-0033 de 5 de junio de 2023 del Informe Jurídico Nro. ARCOTEL-CJDA-2023-0038 de 07 de julio de 2023.

Los artículos 3 y 4 del proyecto normativo, se hace mención al término “asignación” para la fijación de topes de espectro, lo cual resulta contrario con el artículo 2 del mismo proyecto, en el que se reconoce que los topes de espectro son aplicables exclusivamente a las personas de derecho privado que ostenten la calidad de concesionarios de servicios de telecomunicaciones.



Oficio Nro. CNTEP-GNARI-RG-2023-0510-O

Quito, 03 de octubre de 2023

El artículo 93 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, literalmente señala:

*“Art. 93.- Gestión. - El Estado, a través de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, podrá **asignar** el espectro radioeléctrico en forma directa a empresas públicas o por delegación a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria, al sector privado y a empresas de la economía popular y solidaria en los casos previstos en la presente Ley.”*

En consecuencia, una vez que se ha demostrado con claridad que los topes de espectro no resultan aplicables a la Empresa Pública en respeto a un derecho consagrado a nivel Constitucional y que además, el tantas veces citado Criterio Jurídico de ARCOTEL así lo reconoce, **es necesario que se modifique el término “asignar” por “concesionar”**.

Finalmente, tomando en cuenta que la resolución a emitirse es un acto normativo efectuada en ejercicio de una competencia administrativa que produce efectos jurídicos generales para los prestadores de servicios, la cual deberá estar debidamente motivada[4], se solicita que el Regulador considere las observaciones expuestas en el presente documento y se realicen los ajustes solicitados, a fin de garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución de la República y los objetivos y principios establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

[1] Constitución de la República del Ecuador, artículos 424 y 425.

[2] Establecidos en la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP)

[3] RESOLUCIÓN Nro. 05-04-ARCOTEL-2023 de 13 de septiembre de 2023.

[4] Constitución de la República. - Artículo 76.7 letra l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

Con sentimientos de distinguida consideración.

Atentamente,



Oficio Nro. CNTEP-GNARI-RG-2023-0510-O

Quito, 03 de octubre de 2023

Documento firmado electrónicamente

Mgs. Carlos Alberto Viteri Chávez
GERENTE DE REGULACIÓN

Anexos:

- 03oct2023_observaciones_específicas_topes_espectro_cnt.pdf

Copia:

Señor Psicólogo
Wilson Enrique Gómez Váscones
Gerente Nacional de Interconexión y Regulación

pt/nm