

RESOLUCIÓN Nro. ARCOTEL -2016- **0628**

POR LA QUE, LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES - ARCOTEL NIEGA EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, Y, RATIFICA LA RESOLUCIÓN Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-045, EXPEDIDA POR EL COORDINADOR ZONAL 2 EL 29 DE MARZO DE 2016.

CONSIDERANDO:

I CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA

1.1.- ADMINISTRADO

El 26 de agosto de 2008, el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, en adelante CONECEL S.A., y el Estado ecuatoriano, representado por la ex Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, SENATEL, suscribieron el Contrato de Concesión del Servicio Móvil Avanzado y Servicio Telefónico de Larga Distancia Internacional, los que podrán prestarse a través de terminales de telecomunicaciones de uso público; y, concesión de las Bandas de Frecuencias Esenciales.

1.2. ACTO IMPUGNADO

El acto administrativo impugnado a través de este Recurso de Apelación, es la Resolución No. **ARCOTEL-CZ2-2016-045** expedida el 29 de marzo de 2016, por la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, la cual fue notificada a la compañía CONECEL S.A., el 01 de abril de 2016.

II CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1. AUTORIDAD Y COMPETENCIA

2.1.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR:

*"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: **Número 1.** Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...) - **Número 7.** El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) **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. **m)** Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos".*

“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”.

“Art. 83.- 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. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.”.

“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.”.

“Art. 393.- El Estado garantizará la seguridad humana a través de políticas y acciones integradas, para asegurar la convivencia pacífica de las personas, promover una cultura de paz y prevenir las formas de violencia y discriminación y la comisión de infracciones y delitos. La planificación y aplicación de estas políticas se encargará a órganos especializados en los diferentes niveles de gobierno.”.

Lo subrayado y remarcado no pertenece al texto.

2.1.2. DECISIÓN 786 DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (CAN). Intercambio de Información de equipos terminales móviles extraviados, robados o hurtados y recuperados en la Comunidad Andina.

“Art. 1.- La presente Decisión tiene por objeto crear un marco normativo para regular el intercambio de información de equipos terminales móviles extraviados, robados o hurtados y recuperados y su bloqueo o desbloqueo, según corresponda, entre los Operadores de Servicios de Telecomunicaciones Móviles en la Comunidad Andina.”

“Art. 3.- Los Operadores de Servicios de Telecomunicaciones Móviles de los Países Miembros de la CAN tendrán la obligación de intercambiar información relacionada con equipos terminales móviles extraviados, robados o hurtados y recuperados a nivel comunitario a través de las diferentes plataformas existentes y operativas para las diferentes tecnologías de acceso (CDMA, GSM, y sus evoluciones tecnológicas).

Este intercambio se realizará sin perjuicio de que los Operadores de Servicios de Telecomunicaciones Móviles de los Países Miembros, conforme a las normas internas de los Países Miembros, compartan información de Operadores de Servicios de Telecomunicaciones Móviles de terceros países.”

“Art. 4.- Con periodicidad diaria, dentro de un plazo máximo de 48 horas siguientes a la recepción del reporte por parte del usuario, los Operadores de Servicios de Telecomunicaciones Móviles de los Países Miembros, y de acuerdo a lo que establecen las respectivas legislaciones nacionales, deberán intercambiar información y bloquear en sus redes móviles y sistemas de activación el código IMEI (o su equivalente) de los equipos terminales móviles reportados como extraviados, hurtados o robados que hayan sido registrados en las bases de datos intercambiadas. (...)”

“Art. 6.- Para la implementación de la presente Decisión se utilizarán plataformas disponibles y operativas que permitan a los Países Miembros de la Comunidad Andina el intercambio internacional de información de terminales móviles extraviados, robados o hurtados y recuperados.

Los Operadores de Servicios de Telecomunicaciones Móviles de los Países Miembros que usen la tecnología de acceso GSM, para el intercambio de información objeto de la presente Decisión, deberán hacer uso de la plataforma GSMA IMEI DB según las definiciones y términos que constan en el artículo 2 de la presente Decisión y de acuerdo a lo establecido en el Anexo de esta Decisión y a los procedimientos y términos que la GSMA tiene establecidos. (...)”

2.1.3. LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES.

“Art. 24.- Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones.- Son deberes de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, con independencia del título habilitante del cual se derive tal carácter, los siguientes: (...)”

3. Cumplir y respetar esta Ley, sus reglamentos, los planes técnicos, normas técnicas y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información así como lo dispuesto en los títulos habilitantes. (...)” (Lo subrayado me pertenece)

“Art. 116.- Ámbito subjetivo y definición de la responsabilidad.- El control y el régimen sancionador establecido en este Título se aplicarán a las personas naturales o jurídicas que cometan las infracciones tipificadas en la presente Ley.- La imposición de las sanciones establecidas en la

presente Ley no excluye o limita otras responsabilidades administrativas, civiles o penales previstas en el ordenamiento jurídico vigente y títulos habilitantes.”.

“Art. 117.- Infracciones de primera clase. (...)

b.- Son infracciones de primera clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes: (...)

16. Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y las obligaciones incorporadas en los títulos habilitantes que no se encuentren señaladas como infracciones en dichos instrumentos.”.

“Art. 121.- Clases.

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

1. Infracciones de primera clase.- La multa será de entre el 0,001% y el 0,03% del monto de referencia. (...).”.

“Art. 125.- 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.”. (Lo resaltado y subrayado me pertenece)

“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.(...)”.

“Art. 127.- Pruebas.- El presunto infractor podrá presentar sus alegatos y descargos y aportar y solicitar las pruebas que considere necesarias para su defensa, dentro de los quince días hábiles siguientes a la notificación del acto de apertura del procedimiento. Vencido este lapso, se abrirá un período de quince días hábiles para la evacuación de las pruebas solicitadas. En caso de necesidad comprobada para la evacuación de pruebas por parte del presunto infractor o del Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, se podrá prorrogar el lapso de evacuación de pruebas mediante acto debidamente motivado.- Se admitirán las pruebas permitidas por el ordenamiento jurídico vigente con excepción de la confesión judicial. Podrán declararse improcedentes aquellas pruebas que no sean pertinentes por su falta de relación con los hechos o que no puedan alterar la resolución final a favor del presunto infractor.” (Lo subrayado no pertenece al texto.)

“Art. 128.- Potestades de investigación.- El Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones tendrá potestades de investigación durante el

procedimiento sancionador y podrá solicitar toda clase de información, inclusive aquella sometida a sigilo bancario, o requerir la colaboración de entes u órganos públicos o privados para la determinación de los hechos o de la existencia de la infracción.”.

“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. (...)”

“Art. 130.- Atenuantes.

Para los fines de la graduación de las sanciones a ser impuestas o su subsanación se considerarán las siguientes circunstancias atenuantes:

1. No haber sido sancionado por la misma infracción, con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento sancionador.
2. Haber admitido la infracción en la sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio. En este caso, se deberá presentar un plan de subsanación, el cual será autorizado por la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones.
3. Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción.
4. Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción.

En caso de concurrencia, debidamente comprobada, de las circunstancias atenuantes 1, 3 y 4, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en los casos en los que considere aplicable, y previa valoración de la afectación al mercado, al servicio o a los usuarios, podrá abstenerse de imponer una sanción, en caso de infracciones de primera y segunda clase. Esta disposición no aplica para infracciones de tercera y cuarta clase.”

“Art. 134.- Apelación.- La resolución del Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en el procedimiento administrativo sancionador, podrá ser recurrida administrativamente en apelación ante el Director Ejecutivo de dicha Agencia dentro del plazo de quince días hábiles de notificada.- Dicho funcionario tendrá el plazo de sesenta días hábiles para resolver y lo hará en mérito de los autos, sin más trámite. La apelación no suspenderá la ejecución del acto ni de las medidas que se hubieran adoptado u ordenado, salvo que el Director lo disponga cuando la ejecución del acto o las medidas pudieran causar perjuicios de imposible o difícil reparación.”. (Lo resaltado y subrayado me pertenece)

“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. 148.- Atribuciones del Director Ejecutivo.- Corresponde a la Directora o Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: (...) **“8 Conocer y resolver sobre los recursos de apelación presentados en contra de los actos emitidos por el Organismo Desconcentrado de la Agencia, dentro del procedimiento sancionador, (...) 12. Delegar una o más de sus competencias a los funcionarios de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.”** (Lo resaltado y subrayado me pertenece)

2.1.4. LEY DE MODERNIZACIÓN PRIVATIZACIONES Y PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS POR PARTE DE LA INICIATIVA PRIVADA

“Art. 31.- MOTIVACION.- Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo. La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios.”

2.1.5. REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

“Art. 6.- De la ARCOTEL.- La ARCOTEL actuará, a través de su Directorio, del Director Ejecutivo; y, de sus organismos desconcentrados, conforme a las competencias atribuidas en la Ley y el presente Reglamento General.

La máxima autoridad de dirección y regulación de la ARCOTEL es el Directorio; y, la máxima autoridad con facultad ejecutiva, de administración y de regulación es el Director Ejecutivo, quien ejerce la representación legal, judicial y extrajudicial de la ARCOTEL; y, será en consecuencia el responsable de la gestión administrativa, económica, técnica regulatoria, en los casos previstos en la LOT, y operativa. (...)” (Lo resaltado y subrayado me pertenece)

“Art. 81.- Organismo competente.- El organismo desconcentrado de la ARCOTEL es el competente para iniciar, sustanciar y resolver, de oficio o a petición de parte, el procedimiento administrativo sancionador para la determinación de infracciones e imponer, de ser el caso, las sanciones previstas en la normativa legal vigente o en los respectivos títulos habilitantes, observando el debido proceso y el derecho a la defensa.

También le corresponde sustanciar y resolver las reclamaciones por violación de los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, en este último caso, con excepción de las reclamaciones relacionadas a contenidos. (...).”

“Art. 82.- Subsanación y Reparación.- Se entiende por subsanación integral a la implementación de las acciones necesarias para corregir, enmendar, rectificar o superar una conducta o hecho que pudiera constituir un incumplimiento o infracción susceptible de sanción; siendo una de estas acciones, la compensación que realicen los prestadores a favor de los usuarios por los servicios contratados y no recibidos, por deficiencias en los mismos; o, el reintegro de valores indebidamente cobrados.

Para efectos de la aplicación de la LOT y el presente reglamento, se entiende por reparación integral la ejecución de los mecanismos y acciones tecnológicas a través de las cuales se solucione o repare el daño técnico causado con ocasión de la comisión de la infracción.

La subsanación y la reparación, como atenuantes dentro del procedimiento administrativo sancionador, deben realizarse de manera voluntaria por parte del prestador del servicio y serán demostradas a través de cualquier medio físico o digital.” (Lo subrayado me pertenece)

“Art. 85.- Recurso de Apelación.- De la resolución de imposición de la sanción podrá interponerse -exclusivamente- el recurso de apelación ante el Director Ejecutivo de la ARCOTEL; por lo que, en cumplimiento del principio de legalidad, no se admitirá y se negará, sin más trámite, cualquier otro recurso en sede administrativa que se interponga.- La resolución del recurso de apelación pondrá fin a vía administrativa.- De las resoluciones administrativas sancionatorias se podrán interponer las acciones judiciales que correspondan, ante los jueces competentes.”.

2.1.6. ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA, ERJAFE.

“Art. 122.- Motivación.

La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos se realizará de conformidad con lo que dispone la Constitución y la ley y la normativa aplicable. La falta de motivación entendida ésta como la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre éstas y aquellos produce la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución. El acto deberá ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública.”.

2.1.7. REGLAMENTO PARA EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD EN LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

“Art. 4.- DE LA MOTIVACION.- Siempre que la administración dicte actos administrativos es requisito indispensable que motive su decisión, en los términos de la Constitución y este reglamento.

La motivación no es un requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, porque solo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, porque son necesarios para que pueda controlarse la actividad de la administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la arbitrariedad e indefensión prohibidas por la Constitución.

La motivación se constituye como la necesaria justificación de la discrecionalidad reglada administrativa, que opera en un contexto diferente al de la propia decisión. Aquella será atacable en materialidad a través de la desviación de poder o la falta de causa del acto administrativo, pero en el caso de los actos discrecionales encontrará su principal instrumento de control en la justificación, precisamente por la atenuación de la posible fiscalización sobre los otros elementos del acto administrativo.”

2.1.8. NORMA QUE REGULA EL PROCEDIMIENTO PARA EL EMPADRONAMIENTO DE ABONADOS DEL SERVICIO MOVIL AVANZADO (SMA) Y REGISTRO DE TERMINALES PERDIDOS, ROBADOS O HURTADOS”.

“Art. 1.- Ámbito de aplicación.- La presente norma regula el Procedimiento para el empadronamiento de Abonados del Servicio Móvil Avanzado (SMA) y registro de teléfonos perdidos,

robados o hurtados, siendo de cumplimiento obligatorio para las empresas operadoras del SMA y abonados de este servicio. (...)

Los prestadores del SMA, deberán realizar el intercambio internacional de información de terminales móviles robados, perdidos o hurtados a través de las diferentes plataformas existentes y operativas para las diferentes tecnologías de acceso.

Para el caso de la tecnología GSM, los prestadores del SMA deberán conectarse a la base de datos de GSMA IMEI DB, en los términos que se establezcan para el efecto por parte de dicha Asociación. (...)."

2.1.9. RESOLUCIONES DE LA ARCOTEL

2.1.9.1. Resolución No. 001-01-ARCOTEL-2015

Mediante Resolución No. 001-01-ARCOTEL-2015 de 04 de marzo de 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."

2.1.9.2. Resolución No. 002-01-ARCOTEL-2015

Mediante Resolución No.002-01-ARCOTEL-2015 de 04 de marzo de 2015, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, resolvió: *"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."*

2.1.9.3. Resolución No. ARCOTEL-2015-00132

La señora Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en ejercicio de la atribución establecida en el artículo 148, número 12 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, delegó atribuciones a distintas unidades de la ARCOTEL, dentro de las cuales se establecen las siguientes para la Coordinación Técnica de Control:

"2.2. COORDINACIÓN TÉCNICA DE CONTROL.- En el ámbito de control del espectro radioeléctrico y de los servicios de las telecomunicaciones y de radiodifusión, el Coordinador Técnico de Control, tendrá las siguientes atribuciones: 2.2.8. Coordinar la sustanciación, y resolver lo que en derecho corresponda, respecto a los recursos administrativos de apelación, correspondientes a los procedimientos administrativos sancionadores sustanciados por las unidades desconcentradas." (Lo resaltado y subrayado me pertenece)

"4.1. DIRECCIÓN JURÍDICA DE CONTROL DE SERVICIOS DE LAS TELECOMUNICACIONES.- El Director Jurídico de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, tendrá las siguientes atribuciones en materia de Servicios de Telecomunicaciones: 4.1.2. Sustanciar los recursos administrativos de apelación, correspondientes a los procedimientos administrativos sancionadores

sustanciados por las unidades desconcentradas, en cumplimiento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. (...). (Lo subrayado me pertenece)

2.1.9.4 INSTRUCTIVO PARA EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE LA ARCOTEL

“Art. 2.- Toda persona natural o jurídica goza de derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República e Instrumentos Internacionales, tales como: el debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, la contradicción de la prueba y la impugnación de los actos administrativos de acuerdo a los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, títulos habilitantes y demás normativa complementaria.”.

“Art. 12.- De la Impugnación.- Las resoluciones de los Organismos Desconcentrados de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, derivadas de los procedimientos administrativos sancionadores sustanciados de conformidad con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, serán impugnadas exclusivamente de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 134 de la referida Ley. (...).”.

“Art. 19.- De los Informes Jurídicos.- Las Unidades Jurídicas de los Organismos Desconcentrados de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones son las dependencias encargadas de emitir los informes jurídicos. (...) **a) (...)** **4. ANÁLISIS JURÍDICO:** En forma argumentada y razonada, se relaciona el hecho detectado, con las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales, determinando en forma clara los indicios y circunstancias, que justifican la posible existencia de la infracción y la responsabilidad del presunto infractor. (...).”.

“Art. 30.- (...) Las resoluciones constituyen actos administrativos, por lo que deberán estar debidamente motivadas en derecho, de conformidad con las garantías básicas del debido proceso; deberán contar con un informe jurídico y, cuando se requiera, de un informe técnico previo.

~~Toda resolución será motivada, bajo pena de nulidad. No habrá tal 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. Las resoluciones se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que condujeron a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. (...).~~

“Art. 36.- Recurso de Apelación.- La resolución emitida por el Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, podrá ser recurrida administrativamente en apelación ante el/la Director/a Ejecutivo/a de dicha Agencia dentro de quince (15) días hábiles contados desde el día hábil siguiente a la fecha de notificación con la resolución.- La interposición del Recurso de Apelación, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado, en observancia de lo establecido en el segundo inciso del artículo 134 la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.- En cumplimiento del principio de legalidad, no se admitirá y se negará, sin más trámite, cualquier otro recurso en sede administrativa que se interponga.- La resolución del recurso de apelación pondrá fin a vía administrativa.- De las resoluciones administrativas sancionatorias se podrán interponer las acciones judiciales que correspondan, ante los jueces competentes.”. (Lo subrayado ésta fuera de texto)

En consecuencia, el Coordinador Técnico de Control de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ejerce competencia para conocer, sustanciar y resolver el presente recurso de apelación, en cumplimiento del artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y del Art. 85

de su Reglamento General; de conformidad con las atribuciones establecidas en dicha Ley y en la delegación de atribuciones constante en la Resolución ARCOTEL-2015-0132 de 16 de junio de 2015.

III TRÁMITE PROPIO DE LA APELACIÓN

El trámite para la sustanciación del recurso de apelación consta en el Art. 134 de la LOT en concordancia con el Art. 85 de su Reglamento General; el procedimiento interno se encuentra previsto en los artículos 36 al 38 del Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la ARCOTEL.

El 29 de marzo de 2016, esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones dictó la Resolución No. ARCOTEL-CZ2-2016-045 declarando que la Operadora CONECEL S.A., al no haber desvirtuado lo determinado en el Informe sobre la carga de información a la base de datos del GSM (GSMA IMEI DB), de terminales robados, perdidos, hurtados y recuperados determinados en el memorando ARCOTEL-DCI-2016-0161-M de 26 de noviembre de 2015; y, por no haber cumplido con las obligaciones constantes en las Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones CAN concretamente la decisión 786; es responsable de la infracción determinada en el número 16) de la letra b) del artículo 117 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, e impuso la sanción económica de primera clase, prevista en el número 1 del artículo 121 del mismo cuerpo legal, con una atenuante y sin agravantes, equivalente a USD 170.639,80 (CIENTO SETENTA MIL SEICIENTOS TREINTA Y NUEVE DÓLARES CON OCHENTA CENTAVOS).

El 01 de abril de 2016, la Operadora CONECEL S.A., fue notificada en legal y debida forma con el contenido de la citada Resolución.

Mediante oficio No. GR-0753-2016 de 22 de abril de 2016, presentado en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones la misma fecha, con hoja de trámite No. ARCOTEL-DGDA-2016-006622-E, el señor Teodoro Maldonado Guevara, en calidad de apoderado especial y procurador judicial del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A., CONECEL interpuso Recurso de Apelación en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZ2-2016-045 expedida el 29 de marzo de 2016. Inserta al mencionado documento, consta la nota marginal de 25 de abril de 2016, por medio de la cual la Directora Ejecutiva, dispone a la Dirección Jurídica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones: "*Trámite pertinente.*".

Con memorando No. ARCOTEL-CZ2-2016-0506-M de 29 de abril de 2016, recibido en la Dirección Jurídica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones en la misma fecha, la Coordinación Zonal 2 de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en atención al memorando No. ARCOTEL-DJCT-2016-0120-M de 26 de abril de 2016, remitió copia certificada del expediente correspondiente al procedimiento administrativo sancionador que concluyó con la emisión de la Resolución No. ARCOTEL-CZ2-2016-045.

Según memorando No. ARCOTEL-CTC-2016-0183-M de 12 de mayo de 2016, la Coordinación Técnica de Control, con base en el Art. 18, segundo inciso, del Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador, solicitó a la Dirección de Certificación de Equipos, dentro de la sustanciación del presente recurso: "*(...) realice el análisis en el ámbito de su competencia, respecto de los argumentos esgrimidos en la apelación presentada, y remita directamente a la Dirección Jurídica de Servicios de Telecomunicaciones el criterio técnico respectivo.*".

A través del memorando ARCOTEL-DCI-2016-0100-M de 25 de mayo de 2016, la Dirección de Certificación de Equipos remitió el Informe Técnico IT-DCI-2016-0008, con anexos, de la misma fecha, correspondiente al Recurso de Apelación Interpuesto por CONECEL S.A. en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZ2-2016-045; informe técnico que fue susceptible de ampliación con memorando de 27 de junio de 2016, No. ARCOTEL-DCI-2016-0114-M, documentos que se agregan al expediente respecto de lo solicitado por la Dirección Jurídica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones con memorando No. ARCOTEL-DJCT-2016-0189-M.

Mediante Informe Jurídico Nro. IJ-DJCT-2016-033 de 15 de julio de 2016, la Dirección Jurídica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones de esta Agencia, emitió el informe jurídico respectivo.

IV ANÁLISIS DE FONDO

4.1 RESOLUCIÓN APELADA

La Coordinación Zonal CZ2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en la Resolución No. ARCOTEL-CZ2-2016-045 dictada el 29 de marzo de 2016, declaró y dispuso lo siguiente:

“Artículo 2.- DETERMINAR que la empresa Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., (...) al no haber desvirtuado lo determinado en el Informe sobre la carga de la información a la base de datos del GSMA (GSMA IMEI DB), de terminales robados, perdidos, hurtados y recuperados determinados en Memorando ARCOTEL-DCI-2015-0161-M, de 26 de noviembre del 2015, es responsable de la infracción determinada en el artículo de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que manifiesta: “Art. 117.- Infracciones de primera clase.- b. Son infracciones de primera clase aplicables a poseedores de título (sic) habilitantes comprendidos en la presente Ley, las siguientes: 16. Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.”, esto, por no haber cumplido con las obligaciones constantes en las Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones CAN concretamente la decisión 786.

Artículo 3.- IMPONER a la empresa operadora CONECEL S.A.; (...) la sanción económica prevista en el artículo 121 como de primera clase, del monto de referencia tomado del Formulario de Homologación de Ingresos, Costos, Gastos por tipo de servicio, concretamente de Servicio Móvil Avanzado; esto es, CIENTO SETENTA MIL SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE DÓLARES CON OCHENTA CENTAVOS (\$170.639,80) que corresponde al 0.011875 % del monto de referencia (...).”

4.2. ARGUMENTOS DE LA OPERADORA

La Operadora CONECEL S.A., interpuso Recurso de Apelación en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZ2-2016-045, mediante oficio No. GR-0753-2016, ingresado a la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones el 22 de abril de 2016, con hoja de trámite No. ARCOTEL-DGDA-2016-006622-E, en el cual argumenta en lo principal, lo siguiente:

- Valoración de los Atenuantes Invocados por CONECEL por parte de la CZ2
- Falta de motivación del Acto.

La Operadora pretende que la Directora Ejecutiva disponga:

- a) Se acepte el presente Recurso de Apelación, sobre la Resolución No. ARCOTEL-2016-CZ2-045 (sic), y a su vez, se considere los atenuantes previstos en el artículo 130 de la LOT, invocados en la respuesta al Acto de Apertura No. ARCOTEL-2016-CZ2-005.
- b) Que por los vicios expuestos, se declare nulo el acto administrativo impugnado y en ejercicio de las potestades establecidas en la ley, se resuelva sobre el fondo de la controversia, esto es, se admita los atenuantes anteriormente señalados, en virtud del principio de avocación.
- c) Se reversen los valores consignados por objeto de la multa impuesta.

V MOTIVACIÓN

5.1. ANÁLISIS TÉCNICO DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Con memorando ARCOTEL-DCI-2016-0100-M de 25 de mayo de 2016, la Dirección de Certificación de Equipos, pone en conocimiento de la Dirección Jurídica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, el Informe Técnico No. IT-DCI-2016-0008, correspondiente al Recurso de Apelación interpuesto por CONECEL S.A. en contra de la Resolución ARCOTEL-CZ2-2016-045, el mismo que manifiesta lo siguiente:

"2. ANÁLISIS

Revisado el oficio No. GR-0753-2016 de 22 de abril de 2016 ingresado en la misma fecha en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con documento No. ARCOTEL-DGDA-2016-006622-E se puede verificar que dentro del ámbito técnico la operadora ha aceptado lo expuesto en la conclusión del memorando No. ARCOTEL-DCI-2015-0161-M de 26 de noviembre de 2015:

"De acuerdo a la información analizada, la Operadora del Servicio Móvil Avanzado Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL no ha realizado la carga diaria de la información de sus terminales reportados como robados, perdidos o hurtados y recuperados de sus usuarios a la base de datos de la GSMA (plataforma GSMA IMEI DB), en el período del 16 al 24 de agosto de 2015, lo cual no permite el intercambio de dicha información a través de la mencionada base de datos."

CONECEL mediante oficio No. GR-0753-2016 de 22 de abril de 2016 ingresado en la misma fecha en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con documento No. ARCOTEL-DGDA-2016-006622-E realiza un análisis en el acápite IV. DE LOS ATENUANTES INVOCADOS POR CONECEL en el que hace describe los siguiente:

"(...)

3) Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción. Como subsanación de a (sic) infracción cometida, indicamos que la información de terminales reportados como robados en CONECEL, está siendo cargada de forma exitosa al sistema de la GSMA a partir del 28 de enero de 2016, mientras que estamos

descargando información de los terminales reportados como robados de Colombia, Perú y Bolivia (miembros de la CAN), desde la misma plataforma desde el 14 de noviembre de 2015. Para muestra de lo antes descrito, remitimos capturas de pantalla de la información subida y bajada de la plataforma de la GSMA”

2.1. VERIFICACIÓN DCI

La información que debía ser cargada en la GSMA durante el periodo de evaluación del 16 al 24 de agosto de 2015, es diferente a la información que CONECEL empezó a cargar desde el 28 de enero de 2016, por lo que la única manera en la que la Operadora podía subsanar la no subida de la información del periodo de evaluación a la GSMA, era realizando las acciones que le correspondían ante GSMA para subirla con todas las consideraciones técnicas de los últimos estados al momento en el que se iba a realizar la carga a la GSMA.

Como parte del proceso de verificación para determinar si CONECEL realizó el proceso de carga de IMEIs que no fueron subidos en el periodo de evaluación del 16 al 24 de agosto de 2015 y que motivó el inicio de este proceso, la Dirección de Certificación de Equipos (DCI) solicitó mediante correo electrónico de 23 de mayo de 2016 a la Dirección de Vigilancia y Control de MINTIC (Colombia), que realice la consulta del estado de 3 IMEIs (muestra definida por DCI). Estos IMEIs no fueron cargados en su momento por parte de CONECEL a la GSMA durante el periodo de evaluación descrito; la consulta se debe realizar en el aplicativo de búsqueda IMEI por IMEI proporcionado por GSMA, a la cual ARCOTEL no mantiene acceso:

IMEI	Estado en ARCOTEL a la fecha (23/05/2016)	Fecha y hora del reporte del usuario
011869004622143	ROBADO (CONECEL)	23/08/2015 22:56
355927057636404	ROBADO (CONECEL)	22/08/2015 19:34
358976047426241	ROBADO (CONECEL)	17/08/2015 6:29

Tabla 1. Estado de 3 IMEIs en la base de ARCOTEL (Consulta con 15 dígitos)

2.2. RESULTADOS DE LA CONSULTA

Mediante correo electrónico de 23 de mayo de 2016, la Dirección de Vigilancia y Control de MINTIC (Colombia) dio contestación del estado de los IMEIs de la muestra consultada en la base de GSMA (plataforma GSMA IMEI DB):

IMEI	Estado en GSMA a la fecha (23/05/2016)
01186900462214	Sin Gestión en GSMA
35592705763640	Sin Gestión en GSMA
35897604742624	Sin Gestión en GSMA

Tabla 2. Estado de 3 IMEIs en la base de GSMA (Consulta con 14 dígitos)

Se verificó con la muestra de los 3 IMEIs, que CONECEL a la fecha de la consulta (23/05/2016) en GSMA no realizó el proceso de subida de los IMEIS que no fueron cargados en el periodo de evaluación del 16 al 24 de agosto de 2015 denotando que la operadora no ha buscado una solución para cargar la información desde la fecha de evaluación hasta el 28 de enero de 2016, fecha en la que CONECEL indica inició la carga de la información a la GSMA.

En el Anexo 1 se adjunta el intercambio de correos con el MINTIC así como las capturas de pantalla de las consultas realizadas por la Dirección de Vigilancia y Control de MINTIC (Colombia) en el aplicativo proporcionado por la GSMA.

3. CONCLUSIÓN

De acuerdo a la información analizada, esta Dirección ratifica que el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL no ha realizado la carga diaria de la información de sus terminales reportados como robados, perdidos o hurtados y recuperados de sus usuarios a la base de datos de la GSMA (plataforma GSMA IMEI DB), en el periodo del 16 al 24 de agosto de 2015, lo cual no permitió el intercambio de dicha información a través de la mencionada base de datos.

En atención a los argumentos presentados por la operadora durante el proceso de apelación, el presente informe ratifica lo expuesto en el memorando No. ARCOTEL-DCI-2015-0161-M de 26 de noviembre de 2015." (Lo remarcado y subrayado no pertenece al texto)

Con memorando No. ARCOTEL-DJCT-2016-0189-M de 23 de junio de 2016; la Dirección Jurídica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, solicitó a la Dirección de Certificación de Equipos:

"(...) por considerarse indispensable para la sustanciación del citado Recurso, se requiere que la Dirección a su cargo, amplíe el Informe Técnico contenido en el memorando ARCOTEL-DCI-2016-0100-M de 25 de mayo de 2016, respecto de la afirmación realizada por CONECEL S.A., en su escrito de apelación (HT: ARCOTEL-DGDA-2016-006622-E), quien a propósito de los atenuantes invocados, manifiesta: "4) Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción (sic), antes de la imposición de la sanción. La infracción imputada a que hace referencia el presente procedimiento administrativo sancionador no causó daño alguno a los clientes y usuarios de CONECEL, o de cualquier otra operadora hecho que se confirma dentro del propio expediente, y en esa medida, no hay titular de derecho alguno a quien se le pueda asignar algún tipo de reparación, sin que represente un enriquecimiento sin causa. Por lo tanto es jurídicamente válido considerar y aceptar que más allá de la subsanación ejecutada por CONECEL, en la forma detallada up supra, no puede exigir legalmente otro tipo de accionar a mi representada."

Con memorando No. ARCOTEL-DCI-2016-0114-M de 27 de junio de 2016; la Dirección de Certificación de Equipos en respuesta al memorando No. ARCOTEL-DJCT-2016-0189-M, dentro del término otorgado, amplía su informe técnico y manifiesta:

"(...) Me permito informar que mediante oficio STL-2014-00025 de 24 de enero de 2014, la ex Superintendencia de Telecomunicaciones remitió al Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. - CONECEL S.A., disposiciones respecto a la "INTERACCIÓN



DEL SISTEMA DE LISTAS POSITIVAS Y NEGATIVAS CON LA INFORMACIÓN REPORTADA POR LOS PAÍSES DE LA CAN", y entre varios puntos se dispuso que:

"Las Operadoras deberán diariamente cargar en la BDD de la GSMA, la información de los terminales reportados como robados por sus usuarios, tal como lo establece la Decisión 786."

Por lo que CONECEL S.A. conforme la disposición recibida, debía realizar el intercambio diario de esta información a través de GSMA, para que la mencionada BDD pueda ser utilizada efectivamente por las operadoras que acceden a la GSMA a nivel mundial; situación que al no haberse dado por parte de la Operadora del Servicio Móvil Avanzado Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A., perjudicó el intercambio adecuado de la información correspondiente a los terminales reportados como robados, perdidos o hurtados y recuperados de los usuarios de CONECEL S.A. a través de la mencionada base de datos, ya que la misma se vió afectada al mantener información incompleta, evitando así que los operadores de otros países pudieran utilizar dicha información durante el periodo de tiempo en que CONECEL S.A. no realizó la carga dispuesta.

Daño técnico causado que se informa para los fines pertinentes. (Lo remarcado y subrayado no pertenece al texto)

5.3. ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Considerando el contenido de la Resolución ARCOTEL-CZ2-2016-045; lo manifestado por la operadora en su oficio de impugnación; así como las piezas del expediente y el Informe emitido por la Dirección de Certificación de Equipos de la ARCOTEL, sus anexos, así como su correspondiente ampliación; en mérito de los autos, la Dirección Jurídica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, dentro del ámbito de su competencia, emitió el siguiente criterio:

"4.1.1. EN RELACIÓN A LA EXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN

La Resolución ARCOTEL-CZ2-2016-045 de 29 de marzo de 2016 en cuanto a la existencia de la infracción y a la responsabilidad de CONECEL S.A., en el apartado correspondiente a la Motivación, en fojas de la 82 a la 85, manifiesta:

"(...) Antecedentes del hecho.- (...) el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia, (...) emitió un informe sobre la carga de la información a la base de datos del GSMA (GSMA-IMEI-DB) y se concluye que: "De acuerdo a la información analizada, la Operadora del Servicio Móvil Avanzado Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL no ha realizado la carga diaria de la información de sus terminales reportados como robados, perdidos o hurtados y recuperados de sus usuarios a la base de datos de la GSM (plataforma GSMA IMEI DB), en el periodo del 16 al 24 de agosto del 2015, lo cual no permite el intercambio de dicha información a través de la mencionada base de datos.

Relación con el Derecho.- Esta conducta no solo está considerada en las normas nacionales (...) también en acuerdos y resoluciones que pasan a ser legislación supranacional como la Comunidad Andina de Naciones."

Con base en el número 1 del Art. 83 de la Constitución; los Arts. 4 y 6 de la Decisión 786 de la CAN, relativa al Intercambio de Información de Equipos Terminales Móviles extraviados, robados, hurtados y recuperados en la Comunidad Andina; el Art. 3 de la Resolución TEL-535-18-CONATEL-2012, misma que reformó al Art. 1 de la Resolución TEL-2014 (sic 204)-05-CONATEL-2011; la Coordinación Zonal CZ2, señala:

“(...) fundamentalmente considerando la Decisión 786 de la Comunidad Andina de Naciones que pasa a constituir una disposición (sic) supranacional se puede determinar que se ha incurrido en una infracción a la normativa sobre el empadronamiento de los terminales perdidos robados o extraviados, lo que podría constituir una infracción determinada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.”. Constante en el número 16, letra b) del Art. 117 de la LOT.

Más adelante la Coordinación CZ2 considera:

“(...) la existencia de la infracción está demostrada por cuanto en la actividad de control la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones pudo identificar que en la base de datos de las listas negativas que administra la ARCOTEL, en lo que se refiere a CONECEL S.A., no han sido subidos a la GSMA de conformidad con el cuadro siguiente:

FECHA ARCHIVO INTERCAMBIO COLOMBIA	*CANTIDAD DE IMEIs QUE CORRESPONDE A CONECEL Y NO SE HAN SUBIDO AL GSMA
16-AGOST-2015	1.396
17-AGOST-2015	1.301
18-AGOST-2015	1.621
19-AGOST-2015	1.412
20-AGOST-2015	1.250
21-AGOST-2015	1.395
22-AGOST-2015	1.425
23-AGOST-2015	1.340
24-AGOST-2015	11.81

* Información que ha sido tomada como referencia de la Operadora TIGO de Colombia.

Se determina que la fecha de análisis corresponde a un período de 8 días, entre el 16 y 24 de agosto de 2015.

(...) En lo demás, desde el punto de vista técnico y jurídico no se ha desvirtuado la infracción acusada en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL-2016-CZ2-005, de 13 de enero de 2016, razón por lo que, sumado el informe presentado por la Directora de Certificación de Equipos y la información recibida de parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia, son el argumento fundamental para determinar la responsabilidad de la empresa operadora CONECEL S.A., en la infracción acusada.

Además la empresa CONECEL S.A. cuando invoca las atenuantes y concretamente en la segunda causal manifiesta: *“... aceptamos el cometimiento de la infracción imputada en el acto de Apertura ARCOTEL-2016-CZ2-005...”*

Esta aceptación expresa, releva de toda prueba a la Coordinación Zonal 2, ya que existe una confesión de parte.”

Se hace énfasis en el texto sin embargo de que CONECEL S.A., en su escrito de apelación, no argumenta en cuanto a lo citado; en virtud de lo cual no es materia de la presente impugnación analizar y pronunciarse sobre la existencia de la infracción, ni la responsabilidad de la operadora, sino únicamente sobre la existencia de atenuantes.

4.1.2. DE LOS ATENUANTES INVOCADOS POR CONECEL Y SU VALORACIÓN POR PARTE DE LA CZ2

En su escrito de apelación CONECEL S.A., señala lo siguiente:

“(…) en la respuesta al Acto de Apertura No. ARCOTEL-2016-CZ2-005, al amparo de lo previsto en el artículo 130 de la LOT, CONECEL invocó los atenuantes previstos en dicho artículo, de la siguiente forma textual:

- 1) **No haber sido sancionado por la misma infracción, con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento sancionador.-** CONECEL no ha sido sancionado en los últimos 9 meses por el cometimiento de la infracción tipificada en el numeral 16 letra b) del artículo 117 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones vigente desde el 18 de febrero del 2015, bajo los mismos hechos, esto es la carga de la Información conforme a la Decisión 786 de la Comunidad Andina de Naciones y la Resolución-535-18-CONATEL-2012.*
- 2) **Haber admitido la infracción en la sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio. En este caso, se deberá presentar un plan de subsanación, el cual será autorizado por la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones.-** Como CONECEL, aceptamos el cometimiento de la infracción imputada en el Acto de Apertura ARCOTEL-2016-CZ2-0005, prevista en el artículo 117 letra b) del numeral 16 de la LOT por cuanto no se cargó oportunamente la información en la base de datos de GSMA (GSMA IMEI DB), de terminales robados, perdidos hurtados y recuperados en el periodo del 16 al 24 de agosto de 2015.*
- 3) **Haber subsanado integralmente la infracción en forma voluntaria antes de la imposición de la sanción.** Como subsanación de la infracción cometida, indicamos que la Información de terminales reportados como robados en CONECEL está siendo cargada de forma exitosa al sistema de la GSMA a partir del 28 de enero del 2016¹, mientras que estamos descargando información de los terminales reportados como robados de Colombia, Perú y Bolivia (miembros de la CAN), desde la misma plataforma desde el 14 de noviembre del 2015. Para muestra de lo antes descrito, remitimos capturas de pantalla de la información subida y bajada de la plataforma de la GSMA (...)*

¹ Se deja constancia que según la contestación al Acto de Apertura de CONECEL, la fecha en la cual estarían cargando la información de terminales reportados como robados, al sistema de la GSMA es partir del 28 de enero de 2015. Según consta en el reverso de la foja 39 del expediente.

- 4) **Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción. La infracción a que hace referencia el presente procedimiento sancionador no causó daño alguno a los clientes y usuarios de CONECEL, y en esa medida, no hay titular de derecho alguno a quien se pueda asignar algún tipo de reparación, sin que represente un enriquecimiento sin causa. Por lo tanto es jurídicamente válido (sic) considerar y aceptar que más allá de la subsanación ejecutada por CONECEL, en la forma detallada up supra, no puede exigir legalmente otro tipo de accionar a mi representada.** (Lo subrayado y remarcado no pertenece al texto.)

La Resolución No. ARCOTEL-CZ2-2016-045, en el apartado 6to., correspondiente a la Motivación, en la letra d), manifiesta:

“d.- Invocación de Atenuantes.- (...)

- En cuanto a la primera alegación de no haber sido sancionado por una infracción idéntica en causa y efecto en nueve meses anteriores; efectivamente, no consta en los archivos de la Coordinación Zonal que la empresa Operadora CONECEL S.A. haya sido sancionada anteriormente, razón por la cual **se acepta esta atenuante.**
- Haber admitido la infracción durante la sustanciación del procedimiento administrativo. CONECEL admite el cometimiento de la Infracción manifestando que no cargó puntualmente la información en la base de datos del GSMA, no obstante, no presentó un plan de subsanación autorizado por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, por lo que **no se acepta a trámite esta atenuante.**
- Haber subsanado integralmente la infracción en forma voluntaria antes de la imposición de la sanción, a lo cual CONECEL S.A. manifiesta que actualmente la información de terminales reportados como robados de CONECEL, está siendo cargada de forma exitosa al sistema de la GSMA a partir del 28 de enero del 2015, situación que resulta no creíble, ya que esto implicaría estar subiendo la información en fecha muy anterior a la actividad de control y por lo mismo no debía reportarse como una posible falta a la ley y obligaciones de la empresa, (...).- Se adjunta (sic) unas capturas de pantalla que dan fe de la subida de la información de los terminales reportados como robados en la CAN así como los robados en CONECEL; sin embargo, estas capturas de pantallas (sic) no dan fe de la fecha en que se ha subido dicha información al sistema, por ello no permiten corroborar la atenuante alegada, y por lo tanto **no se puede aceptar a trámite esta circunstancia atenuante.**
- En referencia a la cuarta atenuante que tiene que ver con la reparación integral de los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción la operadora CONECEL S.A. manifiesta que la infracción en referencia no causó daño a sus usuarios o clientes y que no hay nada que reparar más allá de la subsanación.- (...) por lo tanto se produce un perjuicio a los usuarios al no reportar a tiempo los eventos de pérdida, robo o hurto, que busca proteger al usuario y sus bienes. Por las consideraciones expuestas, **no se acepta a trámite esta atenuante, planteada (...).** (Lo subrayado y remarcado me pertenece)

En virtud de lo señalado, CONECEL S.A. en su escrito de apelación, argumenta:

"(...) la CZ2 respecto de los atenuantes invocados acoge y valora únicamente los dos primeros (sic) no así los otros dos, hecho con el que estamos en desacuerdo por los siguientes motivos:

a) Atenuante 2

(...)La doctrina reiteradamente ha establecido que la administración en el Procedimiento Administrativo Sancionador, crea precedentes administrativos vinculantes para el órgano que lo emite, con el fin de garantizar el derecho a la seguridad jurídica, contemplado en el artículo 82 de nuestra Carta Magna (...)- (...) la costumbre ha sido aceptada como fuente del Derecho Administrativo, toda vez que el actuar de la administración genera una legítima confianza en cuanto al resolver un mismo hecho, en consecuencia un cambio de actuar ante aquel mismo hecho, es contrario a principios constitucionales, afectando incluso al Principio de No Discriminación consagrado en nuestra Carta Magna, al existir dos posiciones distintas, frente a hechos que son evidentemente similares.- Al respecto debemos ser enfáticos en que la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, en la Resolución No. ARCOTEL-2016-CZ2-038 (sic), indicó que la acción realizada por CONECEL (notificación del plan "300MB - \$7.99) y el reconocimiento de la infracción imputada, configuró el atenuante citado. (...)- (...) ¿por qué la CZ2 de la ARCOTEL en la Resolución No. ARCOTEL-2016-CZ2-038 aceptó el atenuante previsto en el numeral 2 del Art. 130 de la LOT, mientras que en el Acto Impugnado no lo hizo? (...)- Sin perjuicio de la argumentación jurídica que sustenta nuestra defensa, debemos indicar que un plan de subsanación en este punto no aplicaba debido a que, a la fecha de notificación del Acto de Apertura que generó la resolución sancionatoria materia del presente recurso, CONECEL ya había subsanado su incumplimiento desde el 28 de enero de 2016, que empezó a cargar en la base de datos de la GSMA, los terminales reportados como robados en CONECEL, Cabe (sic) recalcar que la no carga de información imputada a este proceso, constituye afectación alguna al usuario que ha reportado su terminal; puesto que como es de su conocimiento el Ecuador mantiene convenios bilaterales de cooperación e intercambio de terminales reportados como robados con Colombia y Perú, los cuales permiten a través de la propia ARCOTEL compartir periódicamente toda la base de terminales reportados como robados por todas las operadoras de Ecuador, con lo cual el bloqueo en los otros países de la CAN se encuentra cubierto en tiempo real, independientemente de la carga de la información en la GSMA." (Lo remarcado y subrayado no pertenece al texto)

Al respecto de lo manifestado, la Dirección Jurídica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones señala:

En cuanto al primer atenuante del Art. 130 de la LOT, no es necesario hacer mayor análisis puesto que no hay argumentos de disputa en cuanto a su aceptación.

Con respecto del segundo atenuante, el número 2 del Art. 130 de la LOT, establece claramente dos circunstancias a confirmar previo a su aceptación:

- 1) Haber admitido la infracción en la sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio, y

- 2) En este caso, se deberá presentar un plan de subsanación, el cual será autorizado por la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones

En tal virtud para su invocación es indispensable cumplir de manera completa con lo que exige la normativa a fin de que el Organismo Desconcentrado valore la pertinencia de su aplicación; inclusive si el hecho en concreto no es susceptible de un plan de subsanación, el administrado debe argumentar fundamentadamente tal circunstancia a fin de que este organismo valore oportunamente sus dichos previo a la emisión de la resolución correspondiente. Circunstancia que pese a las afirmaciones de CONECEL S.A. no se determina en su contestación al Acto de Apertura, ni en su impugnación; por tanto, en mérito de autos no se acepta la argumentación de la Operadora en el sentido de que no aplicaba un plan de subsanación para el presente caso.

Sin perjuicio de lo cual, el precedente administrativo señalado por CONECEL S.A., al respecto del procedimiento que concluyó con la Resolución No. ARCOTEL-2016-CZ2-038, no puede aplicarse debido a que con Resolución ARCOTEL-2016-0615 de 07 de julio de 2016, se atendió la apelación y se resolvió: "**Artículo 2.- DECLARAR LA NULIDAD DE PLENO DERECHO** a partir del Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador Nro. ARCOTEL-2016-CZ2-0002 de 06 de enero de 2016 que concluyó con la Resolución Nro. ARCOTEL-2016-CZ2-038 de 17 de marzo de 2016; a fin de asegurar la observancia del debido proceso respecto de la garantía básica de la motivación, consagrado en el Art. 76, número 7, letra l) de la Constitución de la República, con fundamento en el número 3 del Art. 11, 424 y 426 de la Carta Fundamental, en concordancia con el Art. 122 y 129 número 1, letra a) del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE"; notificada el 11 de julio de 2016.

En tal sentido, la Resolución No. ARCOTEL-2016-CZ2-038, no constituye precedente administrativo y no puede aceptarse lo argumentado por la operadora para la aplicación del segundo atenuante del Art. 130 de la LOT; por lo tanto se ratifica el análisis señalado por la Coordinación Zonal CZ2.

A fin de que se acepte el tercer atenuante del Art. 130 de la LOT la operadora, en su escrito de apelación puntualiza:

b) Atenuante 3

"(...) Respecto a tales afirmaciones realizadas por la CZ2 de la ARCOTEL al utilizar la frase "resulta no creíble" transgrede los principios del Derecho Administrativo, ya que es la Autoridad llamada a probar este particular y quien tiene que recabar toda la información de sustento para formar la voluntad administrativa, conforme el Principio Dispositivo del Derecho Administrativo Sancionador. Es decir, la CZ2 que tiene acceso a la base de datos de carga de listas negativas debía verificar que esta información se la haya cargado desde inicios del año 2015, y de no encontrarse evidencia alguna debía constatar la fecha efectiva desde la cual se lo hizo.- Al no haber realizado esta verificación, y no recopilar toda la información que construyan (sic) la voluntad administrativa, deja entre dicho lo siguiente bajo los supuestos escenarios:

- Si la información se ha venido cargando de forma correcta desde enero de 2015.- De considerar este escenario (que repetimos no fue verificado por la CZ2), al no existir conducta imputable CONECEL debería ser absuelto de

los hechos reprochados y en consecuencia este expediente debería ser archivado.

- Si la Autoridad certificare que la fecha de carga de la información es otra.- Puede darse el escenario que la fecha de carga de la información alegada por CONECEL (28 de enero de 2015) no es la correcta, en cuyo caso la Autoridad debía certificar el momento exacto de esta operación, y de considerarlo aceptar el atenuante invocado.

Esta errónea actuación de la CZ2 cobra mayor relevancia, cuando fue la misma Autoridad que mediante providencia de 11 de febrero de 2016 a las 16h30 negó que se realice una "constancia notarial del proceso de carga y descarga de la información a la plataforma GSMA", como elemento probatorio solicitado. Esta negativa da (sic) entender que en ningún momento la CZ2 contempló la opción de fundamentar su voluntad administrativa prevista en el Acto de Apertura 2016-CZ2-005, hecho que se refuerza con la no petición de informes técnicos a las unidades especializadas de la ARCOTEL conforme consta en autos del expediente; las mismas que manejan y conocen a cabalidad el proceso centralizado de reporte de robo de terminales, así como el intercambio de información con entidades internacionales."

Al respecto, la Dirección Jurídica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, considera:

Efectivamente la administración, al iniciar un procedimiento sancionador, es la llamada a probar los hechos de las imputaciones y la respectiva responsabilidad del imputado; siendo de ésta la carga de la prueba. De tal manera, de la revisión del expediente y constante en la Resolución imputada, en el apartado 3.2 correspondiente a las Pruebas, como insumo principal para formar la voluntad administrativa, consta el Informe sobre la carga de la información en la base de datos de la GSMA (GSMA IMEI DB) de terminales robados, perdidos, hurtados y recuperados, emitido con memorando No. ARCOTEL-DCI-2015-0161 de 26 de noviembre de 2015.

En la conclusión del mencionado Informe consta que CONECEL "no ha realizado la carga diaria de la información de sus terminales reportados como robados, perdidos o hurtados y recuperados de sus usuarios a la base de datos de la GSMA (plataforma GSMA IMEI DB), en el período del 16 al 24 de agosto de 2015, lo cual no permite el intercambio de dicha información a través de la mencionada base de datos; de tal modo quedó claramente establecido el período durante el cual se produjo la comisión de la infracción; declaración aceptada expresamente por la operadora y que no es sujeto de análisis.

En su contestación al Acto de Apertura la operadora solicitó: "b. Se permita a CONECEL, desmaterializar la información electrónica a través de una constancia notarial, que aparece en los prints de pantalla de nuestro proceso de carga y descarga de la información de la plataforma de GSMA, (...) como medio de prueba a objeto de presentarla dentro del término legal previsto.". Solicitud que el organismo desconcentrado, siendo su responsabilidad iniciar, sustanciar y resolver, de oficio o a petición de parte, el procedimiento administrativo sancionador para la determinación de infracciones e imponer, de ser el caso, las sanciones previstas en la normativa legal vigente o en los respectivos títulos habilitantes, observando el debido proceso y el derecho a la defensa, según lo dispone el Art. 81 del Reglamento General a la LOT, en concordancia con los artículos del 125 al 129 de la LOT, consideró en providencia de 11 de febrero de 2016 a las 16h30: "b.- (...) no es procedente en derecho lo

solicitado en la letra b de las pruebas, por cuanto esta Coordinación Zonal no puede delegar la evacuación de las pruebas a ninguna persona natural o jurídica ya que estas serían mal actuadas y carecerían de eficacia probatoria de conformidad con el artículo 76, numeral 4 de la Constitución de la República.”.

Debiendo resolverse la presente apelación en mérito de autos, no procede pronunciarse sobre la valoración de la prueba, tal como lo solicita la operadora; sin embargo, consta en el expediente que CONECEL S.A., en su contestación al Acto de Apertura (reverso foja 39 del expediente) manifiesta que ha cargado exitosamente la información de terminales reportados como robados, al sistema de la GSMA a partir del 28 de enero de **2015** (información que varía en el año, en su escrito de apelación); por lo cual es razonable que la Coordinación CZ2 señale como poco creíble tal afirmación; puesto que de haber sido exitosamente cargada, como lo manifiesta la operadora, la información no se hubiera evidenciado el incumplimiento señalado por el Organismo de Control; afirmación manifiesta y obvia que sin embargo no constituye evidencia de ninguna conducta.

Ahora bien, no fue materia del procedimiento administrativo sancionador verificar las obligaciones constantes en la Decisión 786 de la CAN, ni de la Norma que Regula el Procedimiento para el Empadronamiento de Abonados del Servicio Móvil Avanzado (SMA) y Registro de Terminales Perdidos, Robados o Hurtados; que están vigentes, **sino dentro del periodo establecido**, es decir **del 16 al 24 de agosto de 2015**; razón por la cual en el supuesto de que se hubiese alimentado correctamente la base de datos correspondiente al sistema de la GSMA en otras fechas, no se estaría subsanando el incumplimiento evidenciado en el procedimiento administrativo sancionador; sino que la operadora estaría dando cumplimiento a la normativa vigente.

En efecto, la Dirección de Certificación de Equipos en su Informe Técnico No. IT-DCI-2016-0008, correspondiente al Recurso de Apelación interpuesto por CONECEL S.A. en contra de la Resolución ARCOTEL-CZ2-2016-045, manifiesta: **“La información que debía ser cargada en la GSMA durante el periodo de evaluación del 16 al 24 de agosto de 2015, es diferente a la información que CONECEL empezó a cargar desde el 28 de enero de 2016 (fecha que propone CONECEL en su escrito de Apelación), por lo que la única manera en la que la Operadora podía subsanar la no subida de la información del periodo de evaluación a la GSMA, era realizando las acciones que le correspondían ante GSMA para subirla con todas las consideraciones técnicas de los últimos estados al momento en el que se iba a realizar la carga a la GSMA.- (...) Se verificó con la muestra de los 3 IMEIs, que CONECEL a la fecha de la consulta (23/05/2016) en GSMA no realizó el proceso de subida de los IMEIS que no fueron cargados en el periodo de evaluación del 16 al 24 de agosto de 2015 denotando que la operadora no ha buscado una solución para cargar la información desde la fecha de evaluación hasta el 28 de enero de 2016, fecha en la que CONECEL indica inició la carga de la información a la GSMA. (...)”**; y concluye: “De acuerdo a la información analizada, esta Dirección ratifica que el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL no ha realizado la carga diaria de la información de sus terminales reportados como robados, perdidos o hurtados y recuperados de sus usuarios a la base de datos de la GSMA (plataforma GSMA IMEI DB), en el período del 16 al 24 de agosto de 2015, lo cual no permitió el intercambio de dicha información a través de la mencionada base de datos. (...)”. (Lo subrayado y remarcado me pertenece)

En virtud de lo cual no procede aceptar las alegaciones de la operadora a fin de que se le aplique el atenuante tercero constante en el Art. 130 de la LOT, puesto que no se constata

del expediente, ni de sus afirmaciones, que haya subsanado el no haber cargado la información a la GSMA durante el periodo de evaluación, del 16 al 24 de agosto de 2015.

c) Atenuante 4

Con respecto a las afirmaciones de la CZ2, la operadora en su escrito de apelación manifiesta: (...)

- **“Competencia para determinar la afectación al mercado.-** sin ahondar mucho en el tema, le recordamos que la Autoridad competente para conocer las afectaciones al mercado de una conducta realizada por un operador económico, es competencia de una entidad distinta a la suya, en tal sentido, si la autoridad de telecomunicaciones llegare a determinar una afectación al mercado, el Acto Administrativo adolecería de nulidad absoluta.
- **Afectación a los consumidores.-** como se indicó en la respuesta al Acto de Apertura No. 2016-CZ2-005, así como en la Audiencia respectiva, la conducta imputada fue subsanada con la implementación del sistema y carga de la información de terminales robados o perdidos en la base de datos de la GSMA, y no amerita reparación alguna por cuanto esta conducta **no ocasionó daños a los consumidores.**

¿Existió afectación a los usuarios?, la respuesta es NO, por cuanto el reporte de robo en Ecuador se lo realiza inmediatamente que el cliente lo ha reportado en la red de CONECEL y lo comparte en línea con ARCOTEL y las demás operadoras de SMA, para que puedan bloquear en sus sistemas el terminal robado, evitando de esta manera el uso ilícito de un terminal reportado como robado; este proceso en el ámbito nacional. Para el ámbito internacional, el MINTEL ha suscrito con el gobierno de Colombia y Perú convenios de cooperación internacional en los cuales se establece el intercambio diario de terminales reportados como robados en estos países, dicha compartición es de la totalidad de los terminales reportados por las operadoras del SMA, con lo cual en Colombia y en Perú, los celulares hurtados en Ecuador no podían y no puede ser usados, evitando de esta manera el perjuicio que indica la CZ2.

(...)

*De modo general, un hecho es antijurídico cuando es contrario a derecho o que ha lesionado un bien jurídico. Respecto a la no carga de los terminales robados o perdidos en la base de datos de la GSMA, esta conducta según el Acto de Apertura No. 2016-CZ2-005 y el Acto Impugnado **no trasgrede ningún derecho a los usuarios o consumidores de los servicios de telecomunicaciones**, evidencia irrefutable de nuestra afirmación es que la CZ2 en ninguno de los antes dichos actos administrativos fundamenta con lo previsto en el artículo pertinente de la LOT, únicamente hace referencia a la normativa andina.*

*De todo lo manifestado anteriormente se colige que el argumento de la CZ2 sobre la invocación de este atenuante carece de total sentido por cuanto **la conducta imputada no amerita reparación alguna a los clientes.***

Al respecto la Dirección Jurídica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, manifiesta:

El número 4 del Art. 130 de la LOT, señala como atenuante: "Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción."; artículo que debe aplicarse en concordancia con el segundo inciso del Art. 82 del Reglamento General a la LOT, que dice: "Para efectos de la aplicación de la LOT y el presente reglamento, se entiende por reparación integral la ejecución de los mecanismos y acciones tecnológicas a través de las cuales se solucione o repare el daño técnico causado con ocasión de la comisión de la infracción.";

Competencia para determinar la afectación al mercado.- De las normas transcritas se evidencia que no corresponde al presente análisis hacer referencia a la afectación al mercado; sin embargo, frente a la afirmación de CONECEL S.A., respecto de la competencia para hacerlo, se aclara que en virtud de los Arts. 261, número 10, 313 y 314 de la Constitución, en concordancia con el inciso final del Art. 130 de la LOT; existe claramente establecida constitucional y legamente la facultad y la obligación de valorar la afectación al mercado, en los casos que le correspondiere a la ARCOTEL, justificar la abstención de imponer una sanción.

Afectación a los consumidores.- No corresponde analizar la afectación a los consumidores necesariamente sino los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción; en este sentido es manifiesto que en su momento, (esto es antes de dictarse la resolución impugnada) la operadora no consideró que su omisión de la carga de información a la base de datos del GSMA y por ende el incumplimiento de las disposiciones contenidas en la Decisión 786 de la CAN, ni de la Norma que Regula el Procedimiento para el Empadronamiento de Abonados del Servicio Móvil Avanzado (SMA) y Registro de Terminales Perdidos, Robados o Hurtados, reconocida expresamente en el expediente; ha causado daño alguno a los clientes y usuarios de CONECEL, según señala en su contestación al Acto de Apertura; y que no ocasionó daños a los consumidores, ni ha transgredido ningún derecho a los usuarios o consumidores de los servicios de telecomunicaciones, como lo señala en su escrito de apelación; afirmaciones que evidencian que la operadora no ha efectuado ninguna acción voluntaria para reparar integralmente el daño técnico causado con ocasión de la comisión de la infracción; pues la operadora indica desde un principio que no procedía hacerlo.

Al respecto la Dirección de Certificación de Equipos, en la ampliación de su criterio técnico efectuada con memorando No. ARCOTEL-DCI-2016-0114-M de 27 de junio de 2016, señaló: "Por lo que CONECEL S.A. conforme la disposición recibida, debía realizar el intercambio diario de esta información a través de GSMA, para que la mencionada BDD pueda ser utilizada efectivamente por las operadoras que acceden a la GSMA a nivel mundial; situación que al no haberse dado por parte de la Operadora del Servicio Móvil Avanzado Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A., perjudicó el intercambio adecuado de la información correspondiente a los terminales reportados como robados, perdidos o hurtados y recuperados de los usuarios de CONECEL S.A. a través de la mencionada base de datos, ya que la misma se vió (sic) afectada al mantener información incompleta, evitando así que los operadores de otros países pudieran utilizar dicha información durante el período de tiempo en que CONECEL S.A. no realizó la carga

dispuesta. - Daño técnico causado que se informa para los fines pertinentes. (Lo remarcado y subrayado me pertenece.)

Antijuridicidad.- Frente a la afirmación de la operadora respecto de la antijuridicidad, pese a que no es materia del presente recurso analizar la pertinencia y/o eficacia de las disposiciones y demás normativa dictada a nivel nacional o internacional referente al empadronamiento y al registro de terminales perdidos, robados o hurtados, recuperados, es importante tener en cuenta los considerandos que motivaron la existencia de la "Norma que Regula el Empadronamiento de Servicio Móvil Avanzado", a saber el Art. 393 de la Constitución; los considerandos 4to. y 5to. de la Decisión 786 de la Comunidad Andina de Naciones, de la cual nuestro país es miembro; el Acuerdo Ministerial No. 055-2012 de 18 de enero de 2012; e inclusive se debe tener en cuenta el oficio STL-2014-00025 de 24 de enero de 2014 por medio del cual la ex Superintendencia de Telecomunicaciones, notifica al Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. - CONECEL S.A., disposiciones respecto a la **"INTERACCIÓN DEL SISTEMA DE LISTAS POSITIVAS Y NEGATIVAS CON LA INFORMACIÓN REPORTADA POR LOS PAÍSES DE LA CAN"**, y entre varios puntos dispuso que: "Las Operadoras deberán diariamente cargar en la BDD de la GSMA, la información de los terminales reportados como robados por sus usuarios, tal como lo establece la Decisión 786."; disposición que reitera la ARCOTEL, a través de la Coordinación Técnica de Control, con oficio No. ARCOTEL-CTC-2015-0525-OF; es decir que la carga de información a la base de datos constituye un engranaje funcional en el sistema que se ha implementado a través de la comunidad internacional y del organismo de control para proteger bienes garantizados en la Constitución; por tanto es de carácter primordial y obligatorio para las operadoras del Servicio Móvil Avanzado, dar cumplimiento estricto a la normativa relacionada al presente tema; y de esta forma dar cumplimiento al Art. 83 número 1 de la Constitución y al Art. 24 número 3 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

En virtud de lo anteriormente analizado y del criterio técnico citado, se evidencia que la omisión de la operadora perjudicó la base de datos del GSMA, pues sin la carga de la información en forma adecuada y oportuna, no puede cumplirse con sus fines; esto es el intercambio de información a nivel internacional; daño técnico que no ha sido reconocido por la operadora y por lo tanto no ha sido sujeto de acciones tendientes a su reparación integral por parte de CONECEL S.A.; en ese sentido no corresponde aceptar los argumentos de la operadora a fin de que se le aplique la cuarta circunstancia atenuante prevista en el Art. 130 de la LOT.

4.1.3. DE LA FALTA DE MOTIVACIÓN DEL ACTO

En su escrito de apelación, CONECEL S.A., cita diversa doctrina respecto a la importancia de la motivación de los actos de la administración, en el contexto que se señala a continuación:

"(...) ¿Cómo conocer la razonabilidad del Acto Impugnado, si en el mismo la CZ2 hace caso omiso a los criterios administrativos expuestos en otros casos similares, sin justificación alguna? ¿Qué seguridad jurídica otorga la CZ2 a los operadores del SMA en el Ecuador, al tener resoluciones contradictorias en cuanto a los criterios de aplicabilidad de atenuantes? ¿Cómo puede la CZ2 sustentar un Acto Administrativo sancionatorio si en el desarrollo del Procedimiento Administrativo Sancionador no ha realizado las acciones pertinentes para formar la voluntad administrativa y en el

mismo sentido motivarlo? ¿Bajo qué premisas la CZ2 sustentó la afirmación contemplada en la frase "situación que no resulta creíble" respecto a la carga de información en la base de datos de la GSMA? ¿Cómo puede afirmar la CZ2 de una no reparación del daño a los usuarios, cuando el bien jurídico protegido por la conducta imputada es otro? .- (...).- Nos encontramos entonces, frente a una clara falta de valoración entre el hecho ocurrido frente al derecho aplicable."

Los interrogantes planteados por la Operadora han sido abordados uno por uno en el análisis efectuado; en virtud de lo cual la Dirección Jurídica de Control de las Telecomunicaciones, considera que según lo establecido en el Art. 122 del ERJAFE, en concordancia con el Art. 4 del Reglamento para el Control de la Discrecionalidad, en concordancia con el Art. 19 y 30 del Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la ARCOTEL, se verifica que en el Informe Jurídico No. ARCOTEL-2016-JCZ2-R-045, a fojas 78 del expediente, se cita como fundamento de hecho y prueba lo manifestado en el Informe Técnico sobre la carga de la información en la base de datos de la GSMA (GSMA IMEI DB) de terminales robados, perdidos, hurtados y recuperado, emitido con memorando No. ARCOTEL-DCI-2015-0161, se analizan los argumentos esgrimidos por la operadora en su escrito de contestación al Acto de Apertura; y, además en el apartado referente a la motivación la Coordinación Zonal 2 se manifiesta respecto de los antecedentes de hecho, su relación con el derecho y se establecen las correspondientes consecuencias jurídicas. Los mencionados informes son acogidos en la Resolución impugnada; en este sentido no se considera que exista la falta de motivación señalada por la operadora.

5. CONCLUSIÓN

*De los antecedentes expuestos y del análisis realizado, la Dirección Jurídica de Control del Servicios de las Telecomunicaciones considera pertinente **NEGAR** el recurso de Apelación interpuesto por Teodoro Maldonado Guevara, en calidad de apoderado especial y procurador judicial del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, con trámite No. ARCOTEL-DGDA-2016-006622-E; y, en consecuencia, **RATIFICAR la Resolución Nro. ARCOTEL-2016-CZ2-045 de 29 de marzo de 2016**, dictada por el Coordinador Zonal CZ2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones."*

Con base en las consideraciones generales y análisis de forma; fundamentos técnicos y jurídicos; el trámite de apelación; y el análisis de fondo de los argumentos jurídicos y técnicos de la operadora que preceden, **en mérito de los autos**, habiéndose verificado el cumplimiento del debido proceso y de las garantías constitucionales, en ejercicio de sus atribuciones legales, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones – ARCOTEL,

RESUELVE:

Artículo 1.- AVOCAR conocimiento y **ACOGER** el criterio técnico constante en el Informe Técnico No. IT-DCI-2016-0008 adjunto al memorando No. ARCOTEL-DCI-2016-0100-M de 25 de mayo de 2016; su ampliación constante en memorando No. ARCOTEL-DCI-2016-00114 de 27 de junio de 2016, emitidos por la Dirección de Certificación de Equipos; y, el criterio jurídico contenido en el Informe Jurídico No. IJ-DJCT-2016-033 de 15 de julio de 2016, presentado por la Dirección Jurídica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Artículo 2.- NEGAR el Recurso de Apelación interpuesto por el Dr. Teodoro Maldonado Guevara, en calidad de apoderado especial y procurador judicial del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, mediante oficio No. GR-0753-2016 ingresado el 22 de abril de 2016 con trámite No. No. ARCOTEL-DGDA-2016-006622-E; y, en consecuencia, **RATIFICAR la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-045 de 29 de marzo de 2016**, dictada por el Coordinador Zonal CZ2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

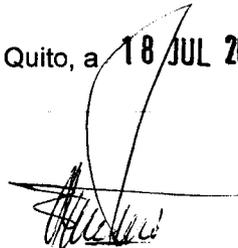
Artículo 3.- ESTABLECER que la presente Resolución pone fin a la vía administrativa, de conformidad a lo establecido en el artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Artículo 4.- DISPONER a la Dirección Jurídica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones que archive este expediente de Apelación.

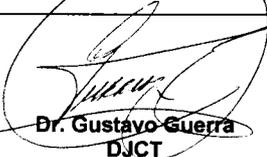
Artículo 5.- DISPONER que la Dirección de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, proceda a notificar el contenido de la presente Resolución a la Compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, en sus oficinas ubicadas en la Av. Amazonas 6017 y Río Coca – Edificio ETECO, piso 3 de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha; y también a los correos electrónicos: tmaaldonado@claro.com.ec, pfalconc@claro.com.ec, amachucm@claro.com.ec y iguerrap@claro.com.ec; así como a la Dirección Jurídica de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, Dirección de Certificación de Equipos; Coordinación General Administrativa Financiera; Coordinación General de Asesoría Jurídica y, Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, para los fines pertinentes.

Notifíquese y cúmplase.-

Dada en el Distrito Metropolitano de Quito, a **18 JUL 2016**



Ing. Fred Andrey Yáñez Ulloa
 COORDINADOR TÉCNICO DE CONTROL
 POR DELEGACIÓN DE LA DIRECTORA EJECUTIVA
 AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES
 -ARCOTEL-

ELABORADO POR:	REVISADO POR:	APROBADO POR:
 Ab. Vanessa Escobar DJCT	 Dr. Gustavo Guerra DJCT	 Ab. Esteban Burbano Arias DIRECTOR JURÍDICO DE CONTROL DE TELECOMUNICACIONES