

RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO2-2016-0005**ORGANISMO DESCONCENTRADO: COORDINACIÓN ZONAL 2 DE LA
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES -
ARCOTEL****ING. ROBERTO MOREANO VITERI
COORDINADOR ZONAL No. 2****CONSIDERANDO:****1. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA:****1.1. TITULO HABILITANTE**

En fecha 26 de agosto del 2008, se suscribió el Contrato de Concesión para la Prestación de Servicio Móvil Avanzado, del 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 celebrado entre la Secretaria Nacional de Telecomunicaciones y la compañía CONECEL SA

1.2 FUNDAMENTO DE HECHO

El 17 de marzo del 2016, mediante Memorando Nro. ARCOTEL-DCI-2016-0047-M, enviado por la Dirección de Certificación de Equipos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, se conoce el Informe de Verificación de Bloqueo de Terminal con IMEI 355098061830431 en la Operadora de Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A.

El objetivo fundamental de este Acto de Apertura es verificar el cumplimiento de la normativa aplicable respecto al bloqueo de terminales reportados como robados perdidos o hurtados y que alimentan las listas negativas en el Ecuador.

La normativa interna controlada es la NORMA QUE REGULA EL PROCEDIMIENTO PARA EL EMPADRONAMIENTO DE ABONADOS/CLIENTES DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO (SMA) Y REGISTRO DE TERMINALES PERDIDOS, ROBADOS O HURTADOS.

En atención de un reclamo formulado por parte de un usuario de SMA de la empresa Operadora CONECEL S.A., la Dirección de Atención al Usuario de la ARCOTEL, procedió a realizar verificaciones sobre el IMEI 355098061830431, el mismo que se encuentra funcionando en la Operadora de SMA CONECEL S.A., a pesar de que el mismo se encuentra reportado como robado.

De las pruebas realizadas el día 15 de febrero del 2016, desde un terminal fijo con número 022946400, al equipo Marca SONY, cuyo IMEI 355098061830431 (reportado como robado), en el que se observa que la llamada con SIMCARD de CONECEL S.A. se ejecuta con normalidad; es decir, no tiene restricciones para esta Operadora.

Esta situación consta grabada en video mismo que se adjuntó al Acto de Apertura de este procedimiento, además de que, se puede visualizar en el mismo que el equipo que recibió la llamada es el de IMEI 355098061830431.

Esta situación se reporta de manera adecuada a la Dirección de Certificación de Equipos mediante correo de 04 de marzo del 2016, procediéndose a verificar el estado del IMEI en las listas negativas que mantiene ARCOTEL, y se informa:

IMEI	FECHA DE REPORTE	ESTADO	ENTIDAD
355098061830431	19 / 01 / 2015	ROBADO	CONECEL

Como consecuencia de esta investigación se pudo constatar que se trataba de un equipo que constaba en las listas negativas y adicionalmente no había cumplido con uno de los requisitos técnicos para operar en Ecuador, como es el de la homologación del mismo.

Para abundar en la investigación se verificó en el sistema de listas negativas que las operadoras del servicio móvil avanzado informaron que bloquearon en cada red el equipo terminal.

OPERADORA	ESTADO	FECHA
CONECEL	BLOQUEADO	19 / 01 / 2015
OTECEL S.A.	BLOQUEADO	19 / 01 / 2015
CNT EP	BLOQUEADO	19 / 01 / 2015

De lo anterior se puede determinar que las tres operadoras han remitido a ARCOTEL la fecha de ingreso del equipo con IMEI 355098061830431 en el EIR (Sistema de control de equipos robados), con lo que han confirmado el bloqueo en la red en fecha 19 de enero del 2015, y desde esa fecha no podía ser utilizado o activado en ninguna red para acceder a los servicios.

1.3 ACTO DE APERTURA

Por lo anterior en fecha 26 de mayo del 2016, se emitió el Acto de Apertura al Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2015-CZ2-0038, Acto con que se le notificó a la operadora CONECEL S.A., en la misma fecha, de conformidad con el Memorando ARCOTEL-CZ2-2016-0648-M, de 31 de mayo del 2016.

2 CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

2.1 AUTORIDAD Y COMPETENCIA

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

“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. 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.” (Lo resaltado en negrilla me pertenece)

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

LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

Artículo 116.- Los incisos primero y segundo, determinan: “**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.”.

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

Artículo 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."

Artículo 144.- "Competencias de la Agencia.- Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: (...) 4. Ejercer el control de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, incluyendo el servicio de larga distancia internacional, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y a lo establecido en los correspondientes títulos habilitantes. (...) 18. Iniciar y sustanciar los procedimientos administrativos de determinación de infracciones e imponer en su caso, las sanciones previstas en esta Ley. (...)"

REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

"Art. 10.- Del organismo desconcentrado de la ARCOTEL encargado del procedimiento administrativo sancionador.- El organismo desconcentrado de la ARCOTEL encargado del procedimiento administrativo sancionador es el competente para aplicar el régimen sancionatorio previsto en la Ley, el presente Reglamento General y en los títulos habilitantes; puede contar con oficinas desconcentradas. La competencia para el ejercicio de la potestad sancionatoria la tienen los titulares de la sede principal o de las oficinas que se establezcan en el territorio nacional, según corresponda."

"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. 83.- Resolución.- La resolución del procedimiento administrativo sancionador deberá estar debidamente motivada y contendrá la expresión clara de los fundamentos de hecho y de derecho que sirvan para la imposición o no de la sanción que corresponda conforme lo previsto en la Ley y de ser el caso, en las infracciones y sanciones estipuladas en los respectivos títulos habilitantes. (...) Sin perjuicio de las decisiones adoptadas por la ARCOTEL, los usuarios podrán interponer las acciones legales de las que se consideren asistidos contra el prestador de servicios."

RESOLUCIONES ARCOTEL

Resolución No.002-01-ARCOTEL-2015, de 4 de marzo de 2015

El Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en el artículo 1 resuelve: "*Designar a la Ingeniera Ana Vanessa Proaño De La Torre como Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, quien ejercerá las competencias y atribuciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás normas pertinentes.*"

Resolución 09-05-ARCOTEL-2016 de 20 de junio de 2016, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 800 de 19 de julio de 2016

El Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en ejercicio de sus facultades y atribuciones constitucionales y legales resuelve expedir el ESTATUTO ORGÁNICO DE GESTIÓN ORGANIZACIONAL POR PROCESOS DE LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES, ARCOTEL, en el que entre otros aspectos se establece:

"Artículo 2. Procesos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones

Para cumplir con la regulación, el control y la gestión del espectro radioeléctrico y de los servicios de telecomunicaciones para que éstos sean brindados con calidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y diversidad; garantizando el cumplimiento de los derechos y deberes de prestadores de servicios y usuarios, se han definido dentro de la estructura orgánica de la ARCOTEL a procesos Gobernantes, Sustantivos, Habilitantes de Asesoría y de Apoyo, y Desconcentrados: (...)

Desconcentrados.- Permiten gestionar los productos y servicios de la Institución a nivel zonal, participan en el diseño de políticas, metodologías y herramientas; en el área de su jurisdicción en los procesos de información, planificación, inversión pública, reforma del Estado e innovación de la gestión pública, participación ciudadana, y seguimiento y evaluación". (El subrayado me pertenece)

"Artículo 10. Estructura Descriptiva

(...)

2. NIVEL DESCONCENTRADO**2.1. PROCESO GOBERNANTE**

(...)

I. Misión:

Coordinar y controlar la gestión institucional a nivel desconcentrado dentro del ámbito de su jurisdicción, a los procesos de gestión de títulos habilitantes, control y atención a los consumidores de servicios de telecomunicaciones; mediante, la aplicación de políticas y procesos emitidos para el cumplimiento de sus competencias y el ordenamiento jurídico vigente.

II. Responsable: Coordinador/a Zonal.

III. Atribuciones y responsabilidades:

j. Monitorear el procedimiento administrativo sancionador en el área correspondiente a su jurisdicción de acuerdo a los procesos, procedimientos, formatos y herramientas definidas por la Coordinación Técnica de Control. (...)"

2.2. PROCESO SUSTANTIVO

2.2.1. Nivel Operativo

2.2.1.1. Gestión Técnica Zonal.- (...)

II. Responsable: Director/a Técnico/a Zonal.

III. Atribuciones y Responsabilidades: (...)

7. Ejecutar el procedimiento administrativo sancionador en el área correspondiente a su jurisdicción de acuerdo a los procesos, procedimientos, formatos y herramientas definidas por la Coordinación Técnica de Control.

Adicionalmente, a través de la **CIRCULAR ARCOTEL-DEAR-2016-0001-C** (10 de agosto de 2016), entre otros aspectos se indica lo siguiente:

Disposiciones específicas

(...) A las Coordinaciones Zonales y Oficina Técnica:

1. Los Coordinadores Zonales asumirán las atribuciones y responsabilidades, así como la generación de productos y servicios correspondientes a los "Directores Técnicos Zonales", de conformidad con el Estatuto de la ARCOTEL, mientras se designen formalmente los servidores públicos que ocuparán estos cargos"

(...) A la Coordinación Técnica de Control, Coordinaciones Zonales y Oficina Técnica:

"1.- Para fines relacionados con el ámbito de control, corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ejercer la Potestad Sancionadora, únicamente a través del Organismo Desconcentrado y, con la finalidad de hacer que se cumplan a cabalidad con las actividades en materia de control, todos los informes sobre dicha materia, generados por las Direcciones de la matriz desde el 18 de febrero de 2015, relativos a presuntos incumplimientos, **cuyo contenido abarque la Cobertura correspondiente a mas de una Coordinación Zonal u Oficina Técnica, según la distribución territorial establecida en el análisis de presencia institucional en territorio de la ARCOTEL y su respectiva aprobación mediante oficio No. SENPLADES-SGTEPBV 2015-0102-OF de 27 de agosto de 2015, mismo del cual se hace referencia en el Estatuto de esta Agencia, serán enviados a la Coordinación Zonal 2 para conocimiento, sustanciación y resolución de los procedimientos administrativos o contractuales sancionadores a los que hubiere lugar. Igual trámite se darán a aquellos informes de control elaborados por las**

Direcciones de la matriz, en cumplimiento de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones"

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

2.2 PROCEDIMIENTO

En la tramitación de la causa y con la Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL-CZ2-2016-0038, se ha notificado la Empresa Concesionaria, la misma que ha comparecido y dado contestación estableciendo las pruebas de descargo, ha solicitado las pruebas de las que se cree asistida; se les ha escuchado alegar verbalmente y se han practicado las diligencias del caso, se han respetado los términos determinados en la ley y se ha observado las garantías de debido proceso determinadas en la Constitución de la República fundamentalmente lo relacionado con el derecho a la defensa.

Sin embargo de lo expuesto la empresa Operadora CONECEL S.A., a través del oficio GR-01296-2016, de 6 de julio de 2016, ingresado con número de trámite ARCOTEL-DGDA-2016-011632-E, plantea la nulidad del Acto de Apertura alegando lo determinado en el artículo 126 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, señalando:

Es definitivo el hecho de que todo Acto de Apertura para ser válido, debe haber sido emitido cumpliendo los requisitos que expresamente establecidos en el artículo 126 de la LOT, estos son: i) identificación de los hechos que constituyen infracción; tipificación de las infracciones de las que se trate y disposiciones presuntamente vulneradas; iii) posibles sanciones; iv) plazo para formular descargos, y v) informe técnico - jurídico, caso contrario estaríamos frente a una causa de nulidad o anulabilidad del acto administrativo, al no cumplir con todos los requisitos que la ley determina que debe contener un Acto de Apertura. Así lo ha manifestado el Dr. Patricio Secaira al decir que "se sostiene que un acto administrativo es completo cuando su validez y eficacia son evidentes, Pero sin duda la validez y la eficacia del acto administrativo son cuestiones que si bien están relacionadas son diferentes"

Sobre este pedido de la empresa operadora es necesario que se considere lo siguiente:

- El artículo 126 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones determina cuatro (4) requisitos del Acto de Apertura y no cinco (5) como lo determina la empresa CONECEL S.A.
- No se especifica cuál de los requisitos del Acto de Apertura no se cumple.
- La empresa ha sido notificada debidamente con el acto de apertura así como con los informes técnico y jurídico respectivos.

Respecto del Informe Técnico y Jurídico que se debe adjuntar, también se ha cumplido adecuadamente.

El informe técnico consta la verificación del bloqueo del equipo en la empresa operadora CLARO S.A., tanto en la grabación en video que se adjunto al Acto de

Apertura, así como, la verificación que se realizó en la Dirección de Certificación de Equipos y que puso en conocimiento de la Coordinación Zonal 2 y que también fue notificada la empresa.

El Informe Jurídico se encuentra numerado ARCOTEL-JCZ2-2016-A-0038, con el que también se notificó a la empresa Operadora

Por lo expuesto en el presente trámite, se han observado las normas y garantías del debido proceso, los requisitos del Acto de Apertura determinados en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y las demás formalidades determinadas en el Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, por lo tanto se considera válido todo lo actuado.

2.3 IDENTIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y SANCIÓN

El memorando Nro. ARCOTEL-DCI-2016-0047-M, de 17 de marzo del 2015, contiene el Informe de Verificación de Bloqueo de Terminal con IMEI 355098061830431 en la Operadora de Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A.

En cuanto a la posible infracción, es importante considerar que la Constitución de la República contienen normas que son de aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico y una fundamental es la siguiente:

El numeral 1 del artículo 83 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone que:

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;

La "NORMA QUE REGULA EL PROCEDIMIENTO PARA EL EMPADRONAMIENTO DE ABONADOS DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO (SMA) Y REGISTRO DE TERMINALES PERDIDOS, ROBADOS O HURTADOS" expedida por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones mediante Resolución No. 191-07-CONATEL-2009 de 25 de mayo de 2009 y reformada con Resoluciones TEL-214-05-CONATEL-2011 y TEL-535-18-CONATEL-2012 de 24 de marzo de 2011 y 9 de agosto de 2012 respectivamente, establece en el artículo uno, en la parte pertinente:

"El concesionario no podrá registrar y activar terminales que consten reportados como robados, perdidos o hurtados en el Ecuador. Los concesionarios del Servicio Móvil Avanzado no podrán registrar y activar terminales reportados como robados, perdidos o hurtados de otros países, con base en la información provista en aplicación de acuerdos internacionales, avalados por autoridad pertinente."

El artículo 8 señala:

Recepción y registro.- Es responsabilidad de los abonados o clientes del Servicio Móvil Avanzado, sean de modalidad prepago o modalidad pospago, de reportar el robo, la pérdida o el hurto del mismo.

Los concesionarios del Servicio Móvil Avanzado (SMA), implementarán un sistema para recepción y registro de reporte de los abonados, por robo, hurto o pérdida de equipos terminales de telefonía móvil, que permita al concesionario suspender en un plazo máximo de 30 minutos, el servicio y a su vez bloquear el terminal y el sim card reportado. Este procedimiento deberá realizarse sin perjuicio de que el abonado presente la correspondiente denuncia ante las autoridades competentes (Policía o Fiscalía, según corresponda), para los efectos de carácter judicial que podrían derivarse. La información específica respecto de un terminal reportado a los concesionarios como competente, previo el cumplimiento de los requisitos y procedimientos de ley. (lo resaltado me corresponde).

LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES.

Art. 22.- Derechos de los abonados, cliente y usuarios.

17. A que se le proporcione adecuada y oportuna protección por parte de los órganos competentes, contra los incumplimientos legales, contractuales o reglamentarios cometidos por los prestadores de servicios de telecomunicaciones o por cualquier otra persona que vulnere los derechos establecidos en esta Ley y la normativa que resulte aplicable.

21. A denunciar ante las autoridades competentes los incumplimientos o violaciones de sus derechos por parte de los prestadores.

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 derive tal carácter, los siguientes:

4. Respetar los derechos de los usuarios establecidos en esta Ley y el ordenamiento jurídico vigente.

En el título XIII sobre el régimen sancionatorio en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se establecen diferentes sanciones en cuanto a su gravedad y en el caso presente se considera como presuntamente tipificada la siguiente disposición:

Art. 118.- Infracciones de Segunda Clase.-

b. Son infracciones de segunda clase aplicables a los poseedores de título habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes:

15. La activación de terminales reportados como robados, incluyendo las activaciones realizadas por distribuidores o cualquier otro tipo de comercializadores autorizados por una operadora de telecomunicaciones.

Posibles sanciones en caso de comprobarse la existencia de la infracción.

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:

2. Infracciones de segunda clase.-La multa será de entre el 0,031% y el 0,07 % del monto de referencia.

Art. 122.- Monto de referencia.

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

3 ANÁLISIS DE FONDO:

3.1. CONTESTACIÓN AL ACTO DE APERTURA

La empresa Operadora del Servicio Móvil Avanzado CONECEL S.A., ha presentado la contestación al Acto de Apertura mediante Oficio GR-01129-2016, de 17 de junio del 2016, ingresado con número de trámite ARCOTEL-DGDA-2016-009772-E, en mismo que en su parte fundamental manifiesta:

CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. (en adelante "**CONECEL**"), debidamente representado por **TEODORO MALDONADO GUEVARA**, en calidad de apoderado especial y procurador judicial, según consta del poder N P03182 otorgado ante la Notaria Dra. María Tatiana García Plaza, N. 33 de Guayaquil, y dentro del término legal previsto, damos contestación a los cargos imputados en el Acto de Apertura No. ARCOTEL-2016-CZ2-038 (en adelante la "Acto de Apertura") nos permitimos indicar lo siguiente.

1. DE LOS ANTECEDENTES

Señor Coordinador Zonal 2, en virtud de los requisitos que debe contener el Acto de Apertura previstos en el artículo 126 de la LOT, su despacho ha indicado lo siguiente:

"Como consecuencia de las verificaciones realizadas por parte de la Dirección de Atención al Usuario de Certificación de Equipos, así como el haber puesto en consideración de la Coordinación Zonal 2 por parte de la Directora de Certificación de Equipos, Ing. María Teresa Avilés Burbano, indicios que pueden constituir pruebas y que constan dentro del Memorando Nro. ARCOTEL-DCI-2016-0047-0, cuyo asunto es el Informe de Verificación de Bloqueo de Terminal con IMEI 355098061830431 en la Operadora de Servicio Móvil Avanzado **CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A.**, se puede determinar un antecedente que constituye el inicio de este procedimiento, que es la existencia de un equipo reportado como robado, perdido o hurtado, y que al realizar las verificaciones respectivas se pudo constatar que la Operadora **CONECEL S.A.** la tiene activo en su red.

Dicho en otras palabras, el Proceso Sancionatorio se inicia porque presuntamente CONECEL, activó en su red un terminal reportado como robado, configurando la conducta prevista en el artículo 118, letra b), número 15 de la LOT.

2. DEL ERROR FUNDAMENTO DE DERECHO

Señor Coordinador es un acierto consagrado en la doctrina a nivel mundial, que las normas que se refieren a las sanciones administrativas en cuanto a su previsión legal, su graduación y cuantía pertenecen a la especie "sancionadoras" y siguen el mismo régimen jurídico-constitucional de las normas penales a las que se refieren las reglas del debido proceso.

El Código Orgánico Integral Penal (COIP) en su artículo 18, define a la infracción penal como la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra en este Código. La doctrina penal se ha encargado de desarrollar todos estos elementos, sin embargo para fines del presente escrito, nos centraremos en la segunda: la tipicidad.

El principio de tipicidad en concordancia con el principio de legalidad, está contenido en el Artículo 7 número 3 de nuestra Carta Fundamental, que a su tenor indica:

"Art. 76: En todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la Ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la Ley"

Tanto la tipicidad como la legalidad, identifican, conceptos únicos aunque no iguales, a pesar de que un sector de la doctrina considera que lo primero es fundamento de lo segundo; la legalidad se observa cuando la infracción y la sanción están previstas, en tanto que la tipicidad se complementa a través de la definición de la conducta que la ley considera constitutiva de infracción y la sanción.

De modo general el Principio de Tipicidad es concebido como una garantía del ciudadano frente al poder, que confiere la certeza de que únicamente podrá recibir una pena si ha incurrido en una conducta que se encuentra prevista y descrita en una ley, es decir, la tipicidad es la correspondencia entre una conducta y la descripción del hecho punible previsto en una norma. Al respecto el tratadista Alejandro Nieto, dice que:

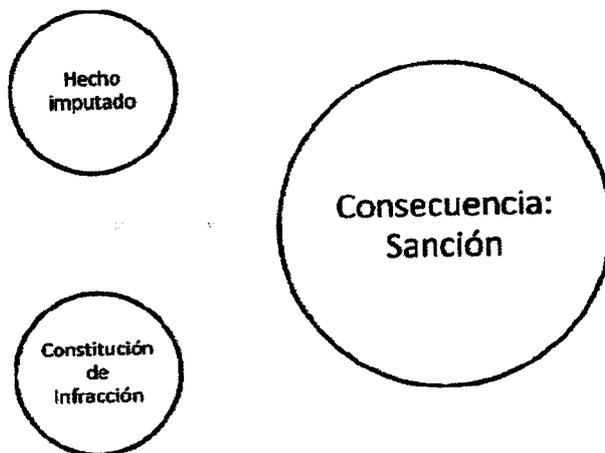
"la tipicidad, considerada como una fórmula técnica que acumula las condiciones de previsión y certeza de las normas, es una figura de extracción penalista que se ha erigido en máxima doctrinaria del primer orden y que impregna toda la esfera del jus puniendi de la administración"

Por su parte José Garberi indica que:

"la conducta típica es únicamente aquella donde se aprecia la identidad entre sus componentes fácticos y los descritos en la norma jurídica, es decir, la homogeneidad del derecho real con los elementos normativos que la fundamentan, el contenido material del injusto (sentido de prohibición) de las situaciones que dan lugar a la actuación sancionadora de la administración"

Ahora bien, con las definiciones citadas realicemos corresponde (SIC) realizar el proceso mental de adecuación típica: un hecho es sancionable si este constituye una infracción prevista en la ley.

Gráficamente la construcción del razonamiento jurídico lógico para el siguiente caso, es el siguiente:



En párrafos anteriores se indicó que el hecho que presuntamente constituye la infracción es la activación de un terminal con IMEI No. 355098061830431 reportado como robado en la red de CONECEL. Sin embargo señor Coordinador es importante destacar varios aspectos referentes a este caso que la Coordinación Zonal no ha considerado este Proceso Administrativo Sancionador y que puede evidenciar de su sistema de bases centralizadas de Listas Negativas (en adelante SICOEIR) que se comparte con las tres operadoras de SMA a través del Bus empresarial implementado.

- i. El usuario propietario del IMEI, el 19 de enero de 2015 realiza el bloqueo correspondiente en uno de nuestros Centros de Atención al Cliente, ante lo cual CONECEL remitió a través del "Bus" un M1 de solicitud de bloqueo, a lo cual ARCOTEL con M2 responde que se proceda con el bloqueo; en base a esta autorización CONECEL remite un M4, en el que se indica la fecha y hora de bloqueo del IMEI en el EIR-plataforma que permite que un equipo reportado como robado no pueda ser usado.
- ii. Posteriormente, el 04 de marzo del 2015 el mismo usuario solicita a CONECEL la liberación del IMEI por razones desconocidas, por consiguiente se envió a ARCOTEL un M1 de solicitud de desbloqueo de equipo.

iii. Como respuesta al M1 indicado en el numeral anterior, la ARCOTEL emitió un M2 con causal 003 por el cual se indicó que el IMEI no se podía liberar por cuanto el equipo no consta como homologado. En base a dicha respuesta CONECEL no procedió con el desbloqueo del terminal.

iv. Finalmente, luego de varios intentos, en el sistema de CONECEL se realiza el levantamiento el 04/03/2015, de la suspensión del terminal no homologado.

Regresando a la definición estipulada por nuestro COIP, en cuanto hecho - entendido como las acciones u omisiones que producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables – no existe discusión alguna, sin embargo es de trascendental importancia detenernos en la tipificación, **por cuanto el hecho explicado técnicamente en los párrafos anteriores, no guarda ningún tipo de relación lógica con la conducta prevista en el artículo 118, letra b) numero 15 de la LOT**, esta afirmación la sustentamos en los siguientes argumentos:

La LOT en su artículo 117, letra b) numeral 5, establece como infracción de primera clase lo siguiente:

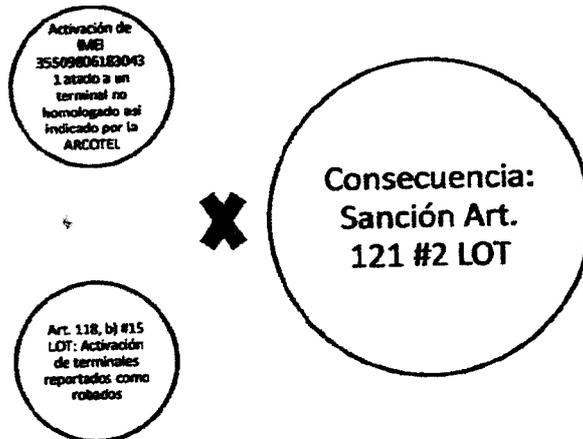
" 5 La comercialización o permitir la utilización de equipos terminales que no hayan sido homologados o no cumplan con las condiciones técnicas autorizadas" (lo subrayado nos pertenece)

Señor Coordinador, como bien se desprende de la explicación técnica de los hechos que originaron el Acto de Apertura, CONECEL al activar el IMEI No. 355098061830431 hizo posible la utilización de este IMEI contenido en un terminal no homologado en su red, configurando así la conducta tipificada en el artículo 117, letra b) numeral 5 de la LOT, mas no activó un terminal reportado como robado.

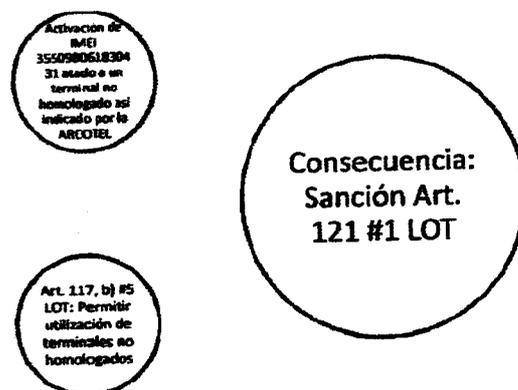
Nuestra afirmación de que el terminal atado al IMEI No. 355098061830431 no es robado, obedece a que el mismo usuario que realiza el primer bloqueo el 19 de enero de 2015, solicita el desbloqueo el 04 de marzo del mismo año. Este hecho da a entender que la usuaria solicitó el bloqueo del equipo por razones diferentes a un robo, pudo haber sido pérdida del terminal, extravío etc. situación que derivó en el "reporte" a la ARCOTEL a través del sistema SICOEIR y su posterior respuesta indicando la no homologación de este equipo.

Señor Coordinador, el hecho por la cual se imputa a CONECEL en el Acto de Apertura, **no guarda relación lógica jurídica alguna** con la infracción tipificada en el artículo 118, letra b) numeral 15 de la LOT referente a la activación de terminales reportados como robados en contraposición con la descrita en el artículo 117, letra b) numeral 5 de la LOT, infracciones cuya diferencia es notable.

Explicado gráficamente el error incurrido por la Coordinación Zonal 2 en el Acto de Apertura, es el siguiente:



Por otra parte y bajo el mismo esquema, representamos la forma correcta en que la ARCOTEL debió imputar a CONECEL en el Acto de Apertura:



La conducta tipificada en el artículo 117, letra b) numeral 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, evidencia la intención del legislador de sancionar (bajo la tipificación de primera clase) el hecho que un operador de SMA -con o sin intención- permita el uso de un terminal no homologado en su red, conducta que no afecta directamente a un usuario. Hecho totalmente diferente a lo descrito en el artículo 118, letra b) numeral 15 que refleja la intención legislativa de sancionar con mayor grado (segunda dase) al operador de SMA que haya afectado al usuario y al orden público a través de la activación de un equipo terminal robado.

Señor Coordinador, por todos los argumentos presentados en este numeral, su Despacho debe corregir la infracción imputada en el presente Expediente Administrativo Sancionatorio iniciado con el Acto de Apertura ARCOTEL-CZ2-2016-0038, al no contener ninguna relación lógica entre los hechos y la norma invocada transgrediendo la disposición contenida en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución del Ecuador referente a que "nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no este tipificado en la Ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la Ley":

3. DE LA INVOCACIÓN DE ATENUANTES

Sin perjuicio de lo descrito en los numerales anteriores de este escrito, al amparo de lo previsto en el artículo 130 de la LOT, referente a la facultad de ARCOTEL de abstenerse de sancionar en los casos de infracciones de primera y segunda clase, cuando se demuestra la concurrencia de circunstancias atenuantes, nos permitimos señalar a continuación cómo en el presente caso, concurren no sólo 3 sino las 4 circunstancias atenuantes descritas en el mencionado artículo 130 de la LOT.

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 ya sea por la conducta tipificada el artículo 117, letra b) numeral 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones o en la descrita en el artículo 118, letra b) numeral 15 del mismo cuerpo normativo.

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 las Telecomunicaciones.- Como CONECEL, aceptamos el hecho que se liberó el IMEI No. 355098061830431 atado a un equipo terminal no homologado, mas no la infracción imputada descrita en artículo 118, letra b) numeral 15 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

En cuanto al plan de subsanación, nos permitimos indicar el siguiente:

a. Bloquear el terminal 355098061830431 en la operadora CONECEL (hecho ya realizado).

b. Compensar al Cliente presuntamente afectado con la entrega de un terminal de similares características identificado como no homologado por la ARCOTEL. Para ello solicitamos que la ARCOTEL solicite a las otras operadoras los números de contacto del señor Enrique Neizan Catota Quinatora con número de cédula 1713190278, por cuanto no reportamos líneas activas en CONECEL, lo cual hace imposible tomar contacto con el diente.

3) Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción. Como subsanación del hecho que se liberó el IMEI No. 355098061830431 atado a un equipo terminal no homologado, debemos indicar que el 19/01/2015 se realizó el bloqueo del IMEI en la operadora CONECEL, muestra de ello es la desmaterialización realizada por la notaria xxxxx de fecha xxxxx de nuestro sistema. Esta acción puede ser corroborada por su Despacho en el sistema SICOEIR.

4) Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción. Reconociendo el hecho que se liberó el IMEI No. 355098061830431 atado a un equipo terminal no homologado, consideramos que a fin de resarcir los supuestos daños causados al diente, se entregará un equipo SONY XPERIA Z5 (terminal de similares características identificado como no homologado por la ARCOTEL) cuya fotografía del IMEI 352504070886598 de dicho

equipo se adjunta. Para ello solicitamos que la ARCOTEL solicite a las otras operadoras los números de contacto del señor Enrique Neizan Catota Quinatoa con número de cédula 1713190278, por cuanto no reportamos líneas activas en CONECEL, lo cual hace imposible tomar contacto con el cliente.

4. PRUEBAS

Solicitamos que se actúen las siguientes pruebas, y se consideren a favor de CONECEL:

- a. Que, por Secretaría General de ARCOTEL se certifique si CONECEL ha sido sancionada meses ya sea por la conducta tipificada el artículo 117, letra b) numeral 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones o en la descrita en el artículo 118, letra b) numeral 15 del mismo cuerpo normativo.
- b. Que, se considere como prueba a nuestro favor los siguientes documentos, la desmaterialización realizada por la notaría Vigésima Tercera, Ab. María Tatiana García Plaza de fecha 14 de junio de 2016 de nuestro sistema en el cual consta el bloqueo del IMEI en CONECEL
- c. Que, se oficie a la Dirección de certificación de Equipos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones que verifique los mensajes (Mx, Mx) remitido a CONECEL, en el que indica que el IMEI 355098061830431, no se puede desbloquear por cuanto este está atado a un terminal no homologado.
- d. Que, se oficie a las operadoras OTECEL S.A. y CNT E.P., solicitando el número de línea activa en su operadora bajo el titular Enrique Neizan Catota Quinatoa con número de cédula 1713190276, a fin que CONECEL realice la entrega del equipo indicado en el numeral 3.4 de este escrito.
- e. Que se considere como prueba a nuestro favor la fotografía del equipo Sony ZPERIA Z5 cuyo IMEI es 352504070666596, a ser entregado al señor Enrique Neizan Catota Quinatoa una vez que su Despacho nos proporcione un dato de contacto del cliente.
- f. Que, se nos fije fecha y hora, a fin de presentar de forma verbal nuestros argumentos jurídicos expuestos en la presente
- g. Que, se tome como prueba a nuestro favor, todo el contenido de este escrito de contestación al Acto de Apertura NO.2016-CZ2-038.

5. DE NUESTRA SOLICITUD

Señor Coordinador Zonal 2 de la ARCOTEL, con lo antes descrito solicitamos a su Despacho se tome en cuenta lo indicado en el presente escrito, respecto a la correcta infracción incurrida por el hecho imputada; y se considere nuestra invocación de la concurrencia de atenuantes previstos

en el artículo 130 de la LOT, por lo que al amparo de lo previsto en el inciso final de dicha norma, solicitamos su respectiva verificación y en consecuencia la abstención de sanción a CONECEL S.A. por los hechos imputados en el Acto de Apertura.

Hasta aquí lo fundamental de la contestación la misma que será analizada conjuntamente con las demás pruebas.

• **SEGUNDO ESCRITO DE COMPARECENCIA**

Se presenta un segundo escrito de alegación el que se encuentra dentro del procedimiento, ingresado con número de trámite ARCOTEL-DGDA-2016-011632-E, de fecha 6 de julio de 2016, el mismo que manifiesta:

CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. (en adelante "CONECEL"), debidamente representado por TEODORO MALDONADO GUEVARA, en calidad de apoderado especial y procurador judicial, según consta del poder N. P03182 otorgado ante la Notaria Dra. María Tatiana García Plaza. N. 33 de Guayaquil, dentro del Proceso de Juzgamiento iniciado con el Acto de Apertura No. ARCOTEL-2016-CZ2-038 (en adelante la "Acto de Apertura") nos permitimos indicar lo siguiente:

1. DE LOS ANTECEDENTES

1.1 Con fecha 26 de mayo de 2016 fuimos notificados con el Acto de Apertura, en el cual su despacho ha indicado lo siguiente:

"Como consecuencia de las verificaciones realizadas por parte de la Dirección de Atención al Usuario de Certificación de Equipos, así como el haber puesto en consideración de la Coordinación Zonal 2 por parte de la Directora de Certificación de Equipos, Ing. María Teresa Avilés Burbano, indicios que pueden constituir pruebas y que constan dentro del Memorando Nro. ARCOTEL-DCI-2016-0047-0, cuyo asunto es el Informe de Verificación de Bloqueo de Terminal con IMEI 355098061830431 en la Operadora de Servicio Móvil Avanzado **CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A.**, se puede determinar un antecedente que constituye el inicio de este procedimiento, que es la existencia de un equipo reportado como robado, perdido o hurtado, y que al realizar las verificaciones respectivas se pudo constatar que la Operadora CONECEL S.A. lo tiene activo en su red"

1.2 Que, con oficio No. GR-01129-2016 de fecha 17 de junio de 2016, presentamos nuestros argumentos de descargo a la infracción imputada en el Acto de Apertura.

1.3 Que, con providencia de fecha 28 de junio de 2016, su Despacho dispuso lo siguiente:

"3. Por corresponder al estado del trámite y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (...) se abre el periodo de quince (15) días

hábiles para la evacuación de pruebas (...) i) Señálese para el día martes cinco de julio de 2016, a las 11 HOO, a fin que se realice la audiencia solicitada por la representación del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A.-

2. NULIDAD DEL ACTO DE APERTURA

Sin perjuicio de lo descrito en nuestro oficio GR-01129-2016, nos permitimos analizar la validez del Acto de Apertura y su nulidad.

Es definitivo el hecho de que todo Acto de Apertura para ser válido, debe haber sido emitido cumpliendo los requisitos que expresamente establecidos en el artículo 126 de la LOT, estos son: i) identificación de los hechos que constituyen infracción; tipificación de las infracciones de las que se trate y disposiciones presuntamente vulneradas; iii) posibles sanciones; iv) plazo para formular descargos, y v) informe técnico - jurídico, caso contrario estaríamos frente a una causa de nulidad o anulabilidad del acto administrativo, al no cumplir con todos los requisitos que la ley determina que debe contener un Acto de Apertura. Así lo ha manifestado el Dr. Patricio Secaira al decir que "se sostiene que un acto administrativo es completo cuando su validez y eficacia son evidentes, Pero sin duda la validez y la eficacia del acto administrativo son cuestiones que si bien están relacionadas son diferentes"

Al respecto el artículo 66 del ERJAFE indica:

Art. 66.- Vigencia.- Los actos administrativos, para su plena validez deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán eficacia con respecto a quienes se haya omitido la notificación. La ejecución de actuaciones ordenadas en actos administrativos no notificados constituirán, para efectos de la responsabilidad de los funcionarios públicos, vías de hecho." (Lo subrayado nos pertenece)

Respecto a la notificación como requisito de validez del acto administrativo, le recordamos a su Despacho que esta "es el modo de comunicar a los ciudadanos, personal o colectivamente la existencia del acto administrativo, lo que constituye un requisito fundamental para la seguridad jurídica y una condición legal de la que depende la eficacia del acto"

*En consecuencia es totalmente correcto afirmar que si un acto administrativo adolece de un requisito para su validez, este está viciado de **nulidad de pleno derecho o anulabilidad**.*

La nulidad de pleno derecho es la que no puede ser convalida, un acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta cuando está viciado gravemente y este vicio no puede ser enmendado.

En tal sentido el artículo 129 del ERJAFE señala:

"Art. 129. - Nulidad de pleno derecho.-

1. Los actos de la Administración Pública son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

a. **Los que lesionen**, de forma ilegítima, **los derechos y libertades consagrados en el artículo 24 (76) de la Constitución Política de la República;**" (...) (lo subrayado nos pertenece)

En el Acto de Apertura notificado a CONECEL el 26 de mayo del 2016, tal como se lo indicó en nuestra respuesta a dicho Acto, se desprende que:

1. La Coordinación Zonal 2 Despacho comete un error por cuanto la liberación del IMEI No. 355098061830431 atado a un equipo terminal no homologado no configura la infracción imputada descrita en artículo 118, letra b) numeral 15 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; y;

2. La falta de probidad por parte de la Directora de Certificación de Equipos de la ARCOTEL en su Memorando No. ARCOTEL-DCI-2016-0047-M, quien con sustento en el mail remitido por el señor Héctor Morales funcionario de la Dirección de Atención al Usuario, concluye que CONECEL al 15 de febrero de 2016 permite que el equipo con IMEI No. 355098061830431 se conecte y utilice en nuestra red, sin considerar que dicho mail no contiene los nombres del usuario/abonado, número de contacto e identificación. Este particular ha ocasionado sinnúmero de inconvenientes en el presente Procedimiento Administrativo Sancionador por cuanto se nos ha hecho imposible el contactar con el usuario/abonado a fin de subsanar los hechos imputados y ejercer la contradicción de la prueba como elemento constitucional básico para que exista jurídicamente una Litis.

En consecuencia, al tener el Acto de Apertura notables errores en cuanto fondo, se configura una violación flagrante y confesa de las garantías del debido proceso y derecho a la defensa establecidos en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, que consagran:

"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:

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida **y replicar los argumentos de las otras partes**; presentar pruebas y contradecir la que se presenten en su contra" (lo subrayado nos pertenece)"

Cabe acotar que la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL en la resolución ARCOTEL-2016-421, ha reconocido que el Acto de Apertura que vulneren las garantías al debido proceso y defensa consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, con fundamento en los artículos 11, 424 y 426 de la Carta Fundamental, en concordancia con el artículo 129 letra a) del ERJAFE se considera nulo de pleno derecho. Al respecto la Autoridad textualmente indica:

"Los vicios del procedimiento administrativo sancionador detectados, afectan la validez de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2015-0023, por cuanto constituyen actuaciones del poder público que al no haber mantenido conformidad con las disposiciones constitucionales legales citadas, carecen de eficacia jurídica, toda vez que se ha verificado que en la sustanciación del procedimiento por parte del Organismo Desconcentrado, se ha vulnerado el derecho a la defensa de la Operadora como una garantía básica al debido proceso consagrado en el Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador, así como también el derecho a la seguridad jurídica y la motivación del acto impugnado.

En consecuencia, resulta jurídicamente procedente que se declare LA NULIDAD DE PLENO DERECHO partir del Acto de Apertura (...)"

En virtud de lo expuesto en esta sección, **queda demostrado la transgresión insubsanable en que ha incurrido reiteradamente la Coordinación Zonal 2, actos que violaron garantías constitucionales en favor de CONECEL.**

3. DEL MOTIVO. LA MOTIVACION Y SU AUSENCIA EN EL ACTO ARCOTEL-CZ2-2016-038

Expuesto up supra la discrepancia jurídica de informe o dictamen técnico y del contenido mínimo que por disposición normativa debe contener, se toma indispensable exponer a Usted, el tratamiento jurídico a dicha ausencia o a la motivación del mismo.

Según el Profesor Miguel Marienhoff la motivación es "la expresión de los motivos que indujeron a la Administración Pública a la emisión del Acto". Para Aróstica, los motivos "son las circunstancias materiales o fácticas que anteceden y justifican la emisión del acto administrativo". Para Vergara, citando al español José María Boquera, la motivación es "la exteriorización o expresión de los motivos o razones que han llevado al autor del acto a adoptarlo".

Analizadas algunas de las definiciones expuestas previamente, señor Coordinador Zonal 2 podemos concluir preliminarmente que, la doctrina ha entendido que de faltar la exposición de motivos en el propio acto o en el informe técnico previo, **resulta imposible evaluar la razonabilidad del acto, la idoneidad de medios y la proporcionalidad del acto.**

Ausencia que es contraria a la Constitución de la República la cual dispone en su artículo 76 numeral 7 literal "l" y "m":

"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 consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados."

Más aun cuando la propia Carta Magna ordena en su Artículo 11 el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

"(. .)

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. "

Así mismo, es pertinente además citar lo que la Doctrina española ha distinguido entre lo que son los "motivos" y los que es la "**motivación**". El motivo es el elemento que conforma al acto administrativo, es el que **nunca podrá ser ni arbitrario ni ilegal**; "motivación", sería, entonces, la expresión de aquellos motivos en el propio acto cuando la ley lo obligue. Por tanto, la "motivación" podría estar o no expresa en el acto si la ley lo señala; así tenemos actos o resoluciones "Fundadas" y "No-fundadas". Permitiéndonos llegar a una conclusión irrefutable en el derecho ecuatoriano, siempre deberá existir la habilitación legal al órgano administrador y los "motivos" para que el acto pueda concretizarse dentro del ordenamiento.

Denotado los aspectos anteriores, podemos señalar que la CZ2 en el presente expediente, está faltando a su deber de garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento, dejando a CONECEL S.A., en un evidente estado de indefensión, conforme lo estipulado en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por cuanto en dicho "memorando" no cumple lo previsto en el ERJAFE, carece de elementos probatorios y viola la carga de la prueba al imponer a mi representada ejercer una defensa ante una imputación inmotivada.



Por todo ello, el proceso ARCOTEL-CZ2-2016-038 es Inconstitucional e ilegal, por tanto debe considerarse su nulidad de pleno derecho.

Este segundo escrito fue presentado con el resumen de los alegatos que presento la empresa operadora y en lo fundamental de sus argumentos:

• **TERCER ESCRITO.**

Con oficio GR-01556-2016, de fecha 19 de agosto del 2016, ingresado con número de trámite ARCOTEL-DEDA-2016-001292-E, el mismo que para la motivación no debe tomarse en cuenta, ya que en el oficio GR-01560-2016, de 22 de agosto de 2016, ingresado con número de trámite ARCOTEL-DEDA-2016-001374-E, se manifiesta taxativamente: "... por un error involuntario se ingresó incorrectamente Acuerdo Transaccional con el señor Neizán Enrique Catota Quinatoa, en tal virtud bajo el precepto legal contenido en el artículo 125 de la LOT que obliga a la ARCOTEL a brindar las garantías del debido proceso y derecho a la defensa en todas las etapas del Proceso Administrativo Sancionador, nos permitimos adjuntar correctamente el Acuerdo Transaccional...".

• **CUARTO ESCRITO**

La concesionaria CLARO S.A. con fecha 22 de agosto del 2016, ingresado con número del trámite ARCOTEL-DEDA-2016-001374-E, el mismo que en su parte fundamental manifiesta:

"1.2 Que, con oficio No. GR-01129-2016, de fecha 17 de junio del 2016, presentamos nuestros argumentos de descargo a la infracción imputada en el Acto de Apertura.

1.1 Que, en providencia de fecha 04 de agosto de 2016 a las 15h30 vuestro despacho dispuso lo siguiente:

"Dispone que se PRORROGUE, la fecha de emisión de la resolución por 20 días hábiles que correrán a partir de la notificación de la presente providencia."

1.4 Con oficio GR-01556-2016 se remitió el acuerdo Transaccional suscrito con el señor Neizán Enrique Catota Quinatoa.

2. LOS NUEVOS ELEMENTOS

Que, por un error involuntario se ingresó incorrectamente el Acuerdo Transaccional con Neizán Enrique Catota Quinatoa, en tal virtud bajo el precepto legal contenido en el artículo 125 de la LOT, que obliga a la ARCOTEL a brindar las garantías del debido proceso y el derecho a la defensa en todas las etapas del Proceso Administrativo Sancionador, nos permitimos adjuntar correctamente el Acuerdo Transaccional suscrito con el señor Neizán Enrique Catota Quinatoa, por medio del cual se entregó el equipo Sony ZPERIA-Z5 cuyo IMEI es 352504070886598, como parte del acuerdo por inconvenientes ocurridos entre las partes, con su respectivo reconocimiento del firmas (Anexo 1 en 17 hojas); como elemento de

convicción y motivación al momento de emitir la resolución respectiva de este proceso a fin de que se tome en cuenta en Presente Proceso Administrativo Sancionador a la hora de resolver las controversia administrativa.”.

Esto lo fundamental del último escrito presentado en el cual se ratifica en el pedido inicial que consta dentro del expediente. Adjunta documentación en 31 fojas.

3.2 PRUEBAS

Con la contestación dada por el concesionario del SMA CONECEL S.A., los demás escritos de comparecencia y de lo actuado dentro del procedimiento administrativo, es necesario que se considere las siguientes constancias actuadas y que hacen prueba:

a.- El Informe de verificación del bloqueo del terminal con IMEI 355098061830431, el mismo que consta en Memorando ARCOTEL-DCI-2016-0047-M, de 17 marzo del 2016, que constituye el sustento técnico de este procedimiento.

b.- Comparecencia por parte de la empresa CONECEL S.A., la misma que ha presentado cuatro escritos el uno de contestación al acto de apertura al procedimiento, otro que se podría considerar como un alegato en ejercicio de su defensa, los otros dos escritos se refieren al acuerdo con el señor Neizán Enrique Catota Quinatoa, los mismos han ingresado con número de trámite ARCOTEL-DGDA-2016-009772-E, de 17 de junio del 2016 y el otro ARCOTEL-DGDA-2016-011632-E, de 06 de julio del 2016, ARCOTEL-DEDA-2016-001292-E de 19 de agosto del 2016; y, ARCOTEL-DEDA-2016-001374-E, de 22 de agosto del 2016, mismos que han sido transcritos y considerados para este procedimiento.

c.- Existencia de una Acta Transaccional con el señor Neizán Enrique Catota Quinatoa

d.- Se ha practicado la prueba solicitada en todo lo que ha sido pertinente y se ha recibido la alegación verbal el día martes cinco de julio de 2016, a las 11H00 y se ha dejado constancia de ella dentro del procedimiento.

e.- Informe Jurídico ARCOTEL-2016-JCZO2-R-0005, en el que se analiza, todas las constancias procedimentales, que serán tomadas en cuenta en la motivación de la presente Resolución.

3.3 MOTIVACIÓN

Como consecuencia de la contestación dada por la Operadora de SMA CONECEL S.A., la alegación verbal presentada, el Informe Técnico y el Informe Jurídico, a más de los documentos existentes y que fueron fundamento de la Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador, es necesario considerar lo siguiente:

3.3.1 PRIMERO.- INFORME TÉCNICO.

La Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 2, devuelve por intermedio del Sistema Quipux la solicitud de la emisión de informe intermedio; ya que considera que no existen elementos y aspectos técnicos, que permitan considerar si técnicamente la empresa operadora desvirtúa o no el hecho que originó este procedimiento y por lo tanto devuelve a la Unidad Jurídica el trámite correspondiente.

3.3.2 SEGUNDO.- ANALISIS JURÍDICO EN RELACIÓN A TODAS LAS DILIGENCIAS ACTUADAS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO Y LO ARGUMENTADO POR LA EMPRESA OPERADORA CONECEL S.A.

a.- La comparecencia al procedimiento por parte de la Operadora de SMA CONECEL S.A., se encuentra debidamente legitimada.

b.- En cuanto a la nulidad procesal alegada, considerada en el numeral 3.2, bajo el título de COMPETENCIA, en este numeral vamos a profundizar el análisis, para dar respuesta clara a los argumentos de la contestación y que fueron alegados en forma verbal y por escrita, se considera:

Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva:

Art. 68.- Legitimidad y ejecutoriedad.- Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y, de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este Estatuto.

Indudablemente que el Acto de Apertura ARCOTEL-CZ2-2016-0038, es un acto propio de la administración, que goza de la presunción de legitimidad, mas no de ejecutoriedad porque no está expresando la voluntad de la administración; por lo tanto por definición el Acto de Apertura, no es un acto administrativo, porque no genera efectos directos; en cuanto a la legitimidad esta hace referencia concretamente a la validez plena de la actuación administrativa, tanto en su emisión, como en lo referente a la competencia del Coordinador Zonal que lo expidió, así como se ha cumplido fundamentalmente con lo determinado en el ordenamiento jurídico como el caso del artículo 126 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y el Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, por lo tanto la presunción de legitimidad hace que el actuación sea válida en derecho, por lo tanto esta presunción, al ser impugnada en su validez como ilegítima debe probarse o alegarse, la prueba de acuerdo a la doctrina se puede argumentar cuando el acto dependa de situaciones de hecho; es decir, que se desconoció en el Acto de apertura alguna cosa; en cambio, si es que la ilegitimidad tiene algo que ver con el ordenamiento jurídico esta debe alegarse y demostrar que tiene un vicio manifiesto.

Esto es en esencia lo que la empresa operadora CONECEL S.A., debe demostrar cuando alega nulidad del acto administrativo.

En la página cuatro del primer escrito de comparecencia la empresa operadora manifiesta que acto administrativo está viciado de nulidad de pleno derecho o anulabilidad lo que se encuentra resaltado en negrillas, sobre esta situación es necesario manifestar lo siguiente:

La nulidad y la anulabilidad no significan lo mismo, pues cada una ellas depende del vicio que afecta al acto administrativo; pues, si el vicio es grave, el acto debe ser nulo de pleno derecho o como le conoce la doctrina, es inválido; en cambio, si el vicio que lo afecta no es grave, el acto administrativo puede ser anulable e incluso se puede convalidar por parte de la administración.

Esto hace ver que la empresa operadora CONECEL S.A. confunde estos dos términos, completamente distintos en materia administrativa ya que la nulidad de

pleno derecho se encuentra en el artículo 129 y a anulabilidad en el 130 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, y cada uno de ellos tiene una casuística diferente.

Esta situación lleva a esta Coordinación Zonal a dar una respuesta sobre conceptos que parece no se los maneja de manera clara por parte de CONECEL S.A.

En todo caso la empresa operadora se inclina por el artículo 129 del ERJEFE que determina la nulidad de pleno derecho; sin embargo, no plantea con pruebas ni con sus alegatos la norma infringida.

Para abundar un poco más sobre el asunto, retomamos nuevamente lo que en el segundo escrito manifiesta la empresa CONECEL S.A. y que ya fue transcrito anteriormente en donde se "nos permitimos analizar la validez del Acto de Apertura y su nulidad", y en su página tres manifiesta:

Es definitivo el hecho de que todo Acto de Apertura para ser válido, debe haber sido emitido cumpliendo los requisitos que expresamente establecidos en el artículo 126 de la LOT, estos son: i) identificación de los hechos que constituyen infracción; tipificación de las infracciones de las que se trate y disposiciones presuntamente vulneradas; iii) posibles sanciones; iv) plazo para formular descargos, y v) informe técnico - jurídico, caso contrario estaríamos frente a una causa de nulidad o anulabilidad del acto administrativo, al no cumplir con todos los requisitos que la ley determina que debe contener un Acto de Apertura. Así lo ha manifestado el Dr. Patricio Secaira al decir que "se sostiene que un acto administrativo es completo cuando su validez y eficacia son evidentes, Pero sin duda la validez y la eficacia del acto administrativo son cuestiones que si bien están relacionadas son diferentes"

Es necesario retomar nuevamente lo que se debe entender por legitimidad del acto administrativo.

El Dr. Patricio Secaira, en su obra curso Breve de derecho Administrativo sobre la validez del acto manifiesta:

La presunción de legalidad atañe a la consideración de validez plena del acto administrativo, entendiéndose por tal a la cabal tramitación, la competencia del funcionario para expedirlo y sobre todo la aplicación irrestricta de la norma positiva.

Sobre este aspecto, es necesario que se considere los elementos determinados en el artículo 126 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones para determinar si hay o no una aplicación irrestricta de la Ley, y vemos que la empresa operadora CONECEL S.A. sorprendentemente manifiesta como si fueran cinco y no cuatro los requisitos del artículo 126.

Además la empresa operadora se salta el elemento signado como ii) y pasa directamente al iii) y como quinto elemento pone el informe técnico - jurídico, situación no considerada en la ley, la doctrina y la jurisprudencia existente.

Este quinto elemento traído por la empresa operadora tiene mucha importancia para determinar los requisitos del acto y su motivación, y sobre el particular manifestamos por lo siguiente:

- En primer lugar sobre el elemento signado como V) por parte de la empresa CONECEL S.A. y que ha sido transcrito en su parte esencial habla del informe técnico - jurídico y este no es un elemento propio del acto ni vulnera disposición legal por lo siguiente:

Una vez emitido el acto de apertura con los elementos considerados en el artículo 126; es decir los 4, a este acto se adjunta un informe técnico-jurídico y así lo manifiesta el inciso final del artículo 126 que dispone:

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

Como se podrá apreciar el informe técnico y jurídico se los considera independientes de acto y esto tiene su razón de ser por cuanto la motivación del acto no puede estar en documentos externos o en otros documentos aparte del acto mismo, la motivación debe estar inserta en el acto administrativo y al respecto existe abundante o amplia jurisprudencia de la ex Corte Suprema de Justicia a la que acudimos para demostrar lo argumentado y es la sentencia dictada con fecha 30 de octubre del 2001, dentro del juicio seguido por el Doctor Julio César Zúñiga en contra de la Universidad de Cuenca que dice:

La transcripción de estas disposiciones evidencia que la motivación del acto debe constar en la resolución correspondiente. Claramente, el texto constitucional dice que no habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas y principios en que haya fundado. Y en la Ley de Modernización del Estado se dice que 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. De modo que no se puede, ni aun realizando una interpretación extensiva que en el caso no sería aceptada por tratarse de derecho público admitir que la motivación conste en documento aparte de la resolución. La motivación es parte esencial del documento en el cual consta la resolución.

- El acto de apertura emitido por la Coordinación Zonal 2 cumple los requisitos del artículo 126 de la Ley Orgánica e Telecomunicaciones, al mismo que se adjuntó el Informe Técnico realizado por la Dirección de Certificación de Equipos, el que se envió con memorando No. ARCOTEL-DCI-2016-0047-M y el Informe Jurídico emitido por la Unidad Jurídica No. ARCOTEL-JCZ2-2016-A-0038, por lo tanto el mismo se encuentra conforme con el ordenamiento jurídico vigente.

El acto de apertura emitido con fecha 26 de mayo de 2016, fue notificado a la empresa CONECEL S.A., adjuntando todos los anexos señalados, conforme consta en Memorando ARCOTEL-CZ2-2016-0648-M, de 31 de mayo de 2016.

La empresa CONECEL S.A. no concreta absolutamente nada en su planteamiento de nulidad y no manifiesta puntualmente cual elemento del artículo 126 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones ha sido violado o

inobservado, lo cual no permite analizar de manera puntual esta excepción por ser general y no concreta.

- Por otro lado, se manifiesta por parte de la empresa operadora CONECEL S.A. que existe un error en el fundamento de hecho; y, plantea que no hay una verdadera apreciación de la infracción por parte de la Coordinación Zonal, alegación que lo sostiene fundamentalmente en su primer escrito de comparecencia y que hace relación a dos situaciones:
 - La comercialización, utilización y activación de equipos terminales no homologados.
 - El bloqueo del equipo terminal reportado como robado, hurtado o extraviado.

Estas dos situaciones son completamente distintas e incluso la norma que las controla es diferente y su violación se tipifica como infracciones totalmente diferentes e independientes.

La homologación corresponde a una infracción de primera clase determinada en el artículo 117, letra b) numeral 5 y manifiesta:

5. La comercialización o permitir la utilización de equipos terminales que no hayan sido homologados o no cumplan con las condiciones técnicas autorizadas.

En cambio el bloqueo de equipos terminales reportados como robados, hurtados o perdidos y su activación está determinado en otra tipificación de la normativa y constituye de acuerdo a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, una infracción de segunda clase determinada en el artículo 118, letra b), numeral 15 que manifiesta:

15. La activación de terminales reportados como robados, incluyendo las activaciones realizadas por distribuidores o cualquier otro tipo de comercializadores autorizados por una operadora de telecomunicaciones.

Es esta segunda conducta la que se denunció, se controló y se verificó, sin que en el presente procedimiento administrativo sancionador, se haya analizado ningún aspecto relacionado con la homologación de equipos; que si hubiera sido el caso, hubiese generado el inicio y tramitación de otro procedimiento administrativo, según lo establecido en el Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL emitido mediante Resolución ARCOTEL-2016-0694, que dispone:

Art. 17.- Cuando en la verificación técnica o inspección, se controlaren varias obligaciones, se debe presentar un solo informe por prestador de servicios; y el reporte de cada posible incumplimiento o infracción, se realizará de manera individualizada para envío a la Unidad Jurídica del Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, con la finalidad de que se realice el análisis jurídico y se inicie un procedimiento independiente por cada uno de ellos.

Como puede apreciarse, pudo haberse iniciado dos procedimientos en contra de la empresa operadora CONECEL S.A. por las conductas detectadas; sin embargo, existe un solo reporte por parte de la Dirección Nacional de Certificación de Equipos

a la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 2, esto es la activación de un terminal reportado como robado, materia del presente análisis.

En todo caso esta situación no debe ser objeto de confusión ya que claramente en el acto de apertura se ha manifestado que existe una conducta que podría constituir una infracción por cuanto el terminal reportado como robado con IMEI 355098061830431, de acuerdo a las pruebas realizadas se encuentra activado en la empresa CONECEL S.A. a pesar de que se insiste se encuentra reportado como robado desde el 19 de enero del 2015, de conformidad con la verificación realizada por la Dirección de Certificación de Equipos de ARCOTEL, como se evidencia en el Informe presentado por la Directora Nacional de Certificación de Equipos y que manifiesta:

OPERADORA	ESTADO	FECHA
CONECEL	BLOQUEADO	19 / 01 / 2015
OTECEL S.A.	BLOQUEADO	19 / 01 / 2015
CNT EP	BLOQUEADO	19 / 01 / 2015

El error en derecho significa, una falsa apreciación de la realidad y en el caso, el Acto de Apertura ARCOTEL CZ2-2016-0038, ha sido muy claro en determinar la conducta o hecho que se está controlando y se refiere al funcionamiento en la red de CONECEL S.A. de un equipo que había sido reportado como robado, perdido o hurtado y que se encuentra reportado por la misma empresa a ARCOTEL.

Esta situación además se concreta en la verificación que se realiza en la Dirección de Certificación de Equipos y se verificó que las tres operadoras de Servicio Móvil Avanzado, han remitido a ARCOTEL, la fecha de ingreso del equipo con IMEI 355098061830431 en el EIR, confirmando el bloqueo en su respectiva red, por lo tanto para esta Coordinación Zonal 2 no existe un error de apreciación en la conducta que se juzga.

Sobre la identificación de la persona que ha presentado la queja, es necesario recordar que los datos correspondientes a nombres y apellidos, número de cédula, pasaporte y dirección domiciliaria deben ser consignados en un formulario facilitado por la empresa concesionaria y es la empresa la que tiene que vincular los datos con el número telefónico y el número de IMEI del equipo que se activa y con el número del sim card si corresponde, de conformidad con el artículo 3 de la NORMA QUE REGULA EL PROCEDIMIENTO PARA EL EMPADRONAMIENTO DE ABONADOS/CLIENTES DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO (SMA) Y REGISTRO DE TERMINALES PERDIDOS, ROBADOS O HURTADOS.

Esta responsabilidad es propia de la empresa operadora y no de ARCOTEL; y, quien presenta la denuncia es el usuario de la línea telefónica que tiene una vinculación con el IMEI, y solicita la liberación del equipo terminal para poder migrar a otra operadora y resulta que se encontraba en el SICOEIR con el IMEI reportado como robado.

El estatus del equipo con el IMEI 355098061830431 era **robado** y en la verificación además se constató que no se encontraba homologado.

Además se debe considerar que la operadora debe llevar un registro de los terminales reportados como robados, perdidos o hurtados en su base de datos,

luego debe emitir una constancia al abonado y esta constancia debe ser reportada vía SMS. Solo una vez practicada esta operación se debe reportar a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones para efectos de legislación transnacional como la Decisión 786 de la Comunidad Andina de Naciones.

c.- Por otro lado, en el escrito de contestación al Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador, la empresa operadora hace la invocación de atenuantes, en donde manifiesta que ha cumplido con las 4 circunstancias descritas como atenuantes referidas en el artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Sobre las atenuantes se verá más adelante luego de considerar los tres aspectos fundamentales que deben presentarse en la motivación del acto o resolución administrativas y que son:

- Antecedentes del hecho.- Indudablemente que cuando a la empresa operadora CONECEL S.A., se le dio la concesión para la prestación del servicio SMA, adquirió obligaciones y responsabilidades que debe cumplirlas como la recepción y registro de los terminales robados, perdidos, hurtados y recuperados, además que la empresa CONECEL S.A. debía subir a su base de datos de acuerdo a la información proporcionada por el cliente y reportarlas a ARCOTEL; sin embargo, existe una denuncia de un usuario de la empresa operadora CONECEL S.A. que solicita la liberación del equipo terminal y en ese momento se puede verificar que el mismo se encontraba reportado como robado, perdido o hurtado.

Esta situación generó una actividad de control, desde la denuncia hasta el reporte a la Dirección de Certificación de Equipos para su verificación y a su vez generó el Informe de Verificación de Bloqueo de Terminal con IMEI 355098061830431 en la Operadora de Servicio Móvil Avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A., el mismo que constituyó el informe Técnico y con el cual se puso en conocimiento de la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 2, con Memorando ARCOTEL-DCI-2016-0047-M, por el cual se conoció que el equipo Terminal con IMEI 355098061830431 se encuentra operativo a pesar de haber sido reportado como robado, hurtado o perdido.

- Relación con el derecho.- Esta conducta no solo está considerada en normas nacionales como lo veremos más adelante, también están en acuerdos y resoluciones que pasan a ser legislación supranacional como la de Comunidad Andina de Naciones.

Constitución de la República:

El numeral 1 del artículo 83 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone que:

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;

DECISIÓN 786 CAN

INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN DE EQUIPOS TERMINALES MÓVILES
EXTRAVIADOS. ROBADOS O HURTADOS Y RECUPERADOS EN LA
COMUNIDAD.
ANDINA.

"Artículo 4.- Con periodicidad diaria, dentro de un plazo máximo de 48 horas siguientes a la recepción del reporte por parte de los usuarios, 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 de Código IMEI (o su equivalente) en los equipos terminales móviles reportados como extraviados, hurtados o robados que hayan sido registrados en la base de datos intercambiadas ...

Esta Resolución tiene por objeto evitar el comercio ilegal entre los países miembros de la CAN y que firmaron un acuerdo, para que los equipos terminales de telecomunicaciones no sean activados en las operadoras telefónicas de SMA de sus respectivos países.

La "NORMA QUE REGULA EL PROCEDIMIENTO PARA EL EMPADRONAMIENTO DE ABONADOS DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO (SMA) Y REGISTRO DE TERMINALES PERDIDOS, ROBADOS O HURTADOS" expedida por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones mediante Resolución No. 191-07-CONATEL-2009 de 25 de mayo de 2009 y reformada con Resoluciones TEL-214-05-CONATEL-2011 y TEL-535-18-CONATEL-2012 de 24 de marzo de 2011 y 9 de agosto de 2012 respectivamente, establece en el artículo uno, en la parte pertinente lo siguiente:

"El concesionario no podrá registrar y activar terminales que consten reportados como robados, perdidos o hurtados en el Ecuador. Los concesionarios del Servicio Móvil Avanzado no podrán registrar y activar terminales reportados como robados, perdidos o hurtados de otros países, con base en la información provista en aplicación de acuerdos internacionales, avalados por autoridad pertinente."

El artículo 8 señala:

Art. 8.- Recepción y registro.- Es responsabilidad de los abonados o clientes del Servicio Móvil Avanzado, sean de modalidad prepago o modalidad pospago, de reportar el robo, la pérdida o el hurto del mismo.

Los concesionarios del Servicio Móvil Avanzado (SMA), implementarán un sistema para recepción y registro de reporte de los abonados, por robo, hurto o pérdida de equipos terminales de telefonía móvil, que permita al concesionario suspender en un plazo máximo de 30 minutos, el servicio y a su vez bloquear el terminal y el sim card reportado. Este procedimiento deberá realizarse sin perjuicio de que el abonado presente la correspondiente denuncia ante las autoridades competentes (Policía o Fiscalía, según corresponda), para los efectos de carácter judicial que podrían derivarse. La información específica

respecto de un terminal reportado a los concesionarios como competente, previo el cumplimiento de los requisitos y procedimientos de ley.

LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES.

Art. 22.- Derechos de los abonados, cliente y usuario.

17. A que se le proporcione adecuada y oportuna protección por parte de los órganos competentes, contra los incumplimientos legales, contractuales o reglamentarios cometidos por los prestadores de servicios de telecomunicaciones o por cualquier otra persona que vulnere los derechos establecidos en esta Ley y la normativa que resulte aplicable.

21. A denunciar ante las autoridades competentes los incumplimientos o violaciones de sus derechos por parte de los prestadores.

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 derive tal carácter, los siguientes:

4. Respetar los derechos de los usuarios establecidos en esta Ley y el ordenamiento jurídico vigente.

En el título XIII sobre el Régimen sancionatorio en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se establecen diferentes sanciones en cuenta a su gravedad y en el caso presente se considera como presuntamente vulnerada la siguiente disposición:

Art. 118.- Infracciones de Segunda Clase.-

b. Son infracciones de segunda clase aplicables a los poseedores de título habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes:

15. La activación de terminales reportados como robados, incluyendo las activaciones realizadas por distribuidores o cualquier otro tipo de comercializadores autorizados por una operadora de telecomunicaciones.

Posibles sanciones en caso de comprobarse la existencia de la infracción.

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:

2. Infracciones de segunda clase.-La multa será de entre el 0,031% y el 0,07 % del monto de referencia.

Art. 122.- Monto de referencia.

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

- Consecuencias jurídicas.- La descripción de la conducta de la empresa operadora, relacionada con las normas de derecho que se han transcrito y que a la vez no se han observado en debida forma, indudablemente que trae sus consecuencias jurídicas, pero para determinar las responsabilidades se debe considerar dos aspectos fundamentales:
 - La existencia de la Infracción.
 - La responsabilidad de la empresa operadora en haber ejercido esa conducta contraria a la ley.

En primer lugar 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, por medio de la Dirección de Certificación de Equipos, se ha verificado el estado del IMEI en las listas negativas que mantiene ARCOTEL, y se informa:

IMEI	FECHA DE REPORTE	ESTADO	ENTIDAD
355098061830431	19 / 01 / 2015	ROBADO	CONECEL

Como consecuencia de esta investigación se pudo constatar que se trataba de un equipo que constaba en las listas negativas y adicionalmente no había cumplido con una de los requisitos técnicos para operar en Ecuador, como es el de la homologación del mismo.

Para abundar en la investigación se verificó en el sistema de listas negativas que las operadoras del servicio móvil avanzado informaron que bloquearon en cada red.

OPERADORA	ESTADO	FECHA
CONECEL	BLOQUEADO	19 / 01 / 2015
OTECEL S.A.	BLOQUEADO	19 / 01 / 2015
CNT EP	BLOQUEADO	19 / 01 / 2015

De lo anterior se puede determinar que las tres operadoras han remitido a ARCOTEL la fecha de ingreso del equipo con IMEI 355098061830431 en el EIR, con lo que han confirmado el bloqueo en la red en fecha 19 de enero del 2015, y desde esa fecha no podía ser utilizado o activado en ninguna red para acceder a los servicios.

Se evidenció además que el acto administrativo No. ARCOTEL-CZ2-2016-0038, de 26 de mayo del 2016, ha sido dictado observando la normativa que existe al respecto, en base a los antecedentes de hecho y por autoridad competente, por lo tanto se ha considerado su validez.

La empresa CONECEL S.A., en su contestación, acepta expresamente el hecho infractor; alega nulidades procesales, sobre todo sobre su tipificación; sobre lo cual, ya se ha realizado el análisis respectivo; en lo demás, desde el punto de vista técnico y jurídico, las pruebas constantes dentro del proceso y que no han sido desvirtuadas por parte de la empresa CONECEL S.A., como el caso de haber activado un equipo reportado como robado, hacen ver que el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL-CZ2-2016-0038, de 26 de mayo del 2016, que se emitió en razón del Informe de Verificación enviado en

Memorando ARCOTEL-DCI-2016-0047-M, no han sido desvirtuados por lo tanto por su carácter técnico y por el soporte jurídico, son la base fundamental para determinar la responsabilidad de la empresa operadora CONECEL S.A., en el hecho infractor imputado.

3.4 ANÁLISIS DE REINCIDENCIA

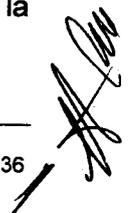
De la revisión de los archivos de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, no existen procedimientos administrativos sancionatorios con identidad de causa y efecto, durante los nueve meses anteriores al inicio del presente procedimiento.

3.5 ATENUANTES Y AGRAVANTES

- La primera atenuante; establecida en el artículo 130 de la LOT; es decir, no haber sido sancionado por una infracción idéntica en causa y efecto en nueve meses anteriores; conforme lo anteriormente citado debe ser aceptada.
- La segunda atenuante, que se refiere, a haber admitido la infracción durante la sustanciación del procedimiento administrativo. CONECEL acepta el hecho de que liberó el IMEI No. 355098061830431 atado a un equipo terminal no homologado, sin admitir la comisión del hecho infractor imputado en el Acto de Apertura ARCOTEL-CZ2-2016-0038, la misma que se encuentra determinada en el artículo 118, letra b) numeral 15 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por lo tanto no se puede aceptar a trámite esta atenuante. Lo que admite CONECEL es haber cometido una infracción distinta a la acusada y que generó el presente procedimiento administrativo; no ha presentado un plan de subsanación para ser autorizado por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones; el que de conformidad con el artículo 130 de la LOT debe ser aprobado por la ARCOTEL, situación que no ha procedido, por lo que no cabe la aceptación de esta atenuante.
- La tercera atenuante que hace referencia a la subsanación integral de la infracción en forma voluntaria antes de la imposición de la sanción, se encuentra señalada a fojas 9 numeral 3 del primer escrito presentado por la empresa CONECEL S.A. en el que manifiesta:

3) Haber subsanado íntegramente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción. Como subsanación del hecho manifiesta que se liberó el IMEI No. 355098061830431, atado a un equipo terminal no homologado, debemos indicar que el 19/01/2015 se realizó el bloqueo del IMEI en la operadora CONECEL, muestra de ello es la desmaterialización realizada por la notaría xxxx de fecha xxxx en nuestro sistema. Esta acción puede ser corroborado por su Despacho en el sistema SICOIER.

Trata la Operadora del SMA CONECEL S.A., de continuar esgrimiendo su tesis de activación de equipo no homologado, cuando el hecho fáctico materia del presente procedimiento administrativo sancionador, es la



activación de un teléfono reportado como robado, perdido o hurtado, con lo cual la supuesta subsanación integral de la infracción, no surte el efecto expresado, tanto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y desarrollado en su Reglamento General; ya que en el Acuerdo Transaccional, adjuntado como argumento a favor del procedimentado, se señala como antecedentes: "... el Sr. Neizan Enrique Catota Quinatoa, presentó ante la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones un reclamo en contra de la compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL por una liberación del equipo Sony Modelo D6653 de IMEI 35509806180431"; lo cual no corresponde en su integridad al hecho fáctico denunciado, que es el reporte con el status ROBADO, realizado el día 19 de enero de 2015 por la Operadora CONECEL S.A. (CLARO); por lo que la invocación de esta atenuante, tampoco debe ser aceptada.

- En lo que se refiere a la cuarta atenuante, que es la reparación integral de los daños causados con ocasión de la infracción antes de la imposición de la sanción, se hace relación nuevamente a la liberación del IMEI y en el último escrito de comparecencia acompaña una acta transaccional celebrada entre la empresa operadora CONCEL S.A. y el señor Neizán Enrique Catota Quinatoa, por la que se le entrega un equipo Sony ZPERIA Z5 cuyo IMEI es 352504070886598.

Es necesario aclarar dos conceptos para evitar confusiones:

- La subsanación integral de conformidad con el artículo 82 del Reglamento a la LOT, significa la implementación de acciones necesarias para corregir, enmendar, o rectificar o superar una conducta o hecho que pudiera constituir un incumplimiento; es decir, afecta a más de la compensación al usuario, aspectos que tienen que ver con el servicio que prestan.
- Reparación en cambio, de conformidad con el Reglamento General a la LOT, artículo 82, se entiende por 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.

Esta situación, tampoco puede ser aceptada, porque la Operadora, no acepta que el hecho infractor detectado, corresponde a una tipicidad, diferente, a la que pretende subsanar; ya que señala expresamente, que el acuerdo, corresponde a la liberación de un equipo Sony Modelo D6653 de IMEI 355098061830431, sin especificar cual es la razón de dicha liberación.

Respecto de lo actuado en el presente procedimiento administrativo sancionador, no se puede establecer la existencia de afectación al mercado.

En cuanto a las agravantes establecidas en el artículo 131, de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, de lo actuado en el procedimiento administrativo sancionador, no se ha establecido conducta alguna que permita considerar agravantes.

Para establecer la multa económica a imponer, se debe tomar en cuenta el contenido del memorando No. ARCOTEL-EQR-2016-0055-M, de 08 de marzo de 2016, en el que se informa a la Coordinación Zonal 2 que los ingresos de la

empresa CONECEL S.A. correspondiente al ejercicio económico 2015 para el Servicio Móvil Avanzado (SMA), ascienden a la cantidad de USD. 1.436'966.724,32 (UN MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES, NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MIL, SETECIENTOS VEINTE Y CUATRO DÓLARES, CON TREINTA Y DOS CENTAVOS, adicionalmente en el presente caso, se ha establecido una circunstancia atenuante y ninguna agravante, por lo que se toma en cuenta la media entre la mínima y máxima sanción económica, que corresponde a una sanción de segunda clase y se descuenta el 25% por la atenuante establecida, con lo que se obtiene que el valor de la multa alcanza la suma de USD. 655.616,07 (SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS DIECISÉIS DÓLARES CON SIETE CENTAVOS)

Con base en las anteriores consideraciones y análisis que precede, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales.

RESUELVE:

Artículo 1.- ACOGER el Informe Jurídico No. ARCOTEL-JCZO2-R-2016-0005, de 31 de agosto de 2016, emitido por la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 2, de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Artículo 2.- DECLARAR que la empresa Operadora CONECEL S.A., con RUC 1791251237001, al no haber desvirtuado lo determinado en el Acto de Apertura ARCOTEL-CZ2-2016-0038, al que se adjuntó los Informes Técnico y Jurídico respectivos, es responsable de la infracción determinada en el artículo de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que manifiesta: "Art. 118.- Infracciones de Segunda Clase.- b. Son infracciones de segunda clase aplicables a los poseedores de título habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: 15. La activación de terminales reportados como robados, incluyendo las activaciones realizadas por distribuidores o cualquier otro tipo de comercializadores autorizados por una operadora de telecomunicaciones."; esto, por no haber cumplido con la **NORMA QUE REGULA EL PROCEDIMIENTO PARA EL EMPADRONAMIENTO DE ABONADOS DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO (SMA) Y REGISTRO DE TERMINALES PERDIDOS, ROBADOS O HURTADOS** y 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 segunda clase de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en el valor de USD. 655.616,07 (SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS DIECISÉIS DÓLARES CON SIETE CENTAVOS), valor que deberá ser cancelado en Unidad Financiera Administrativa de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, situada en la Avenida Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarreal, de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, en el término de 30 días, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución, caso contrario, se iniciará el cobro mediante la vía coactiva. Si por cualquier motivo no procede a realizar dicho pago dentro del plazo señalado, la liquidación de intereses se calculará desde el vencimiento del mismo.

Artículo 4.- DISPONER que la empresa Operadora CONECEL S.A., observe las disposiciones de la **NORMA QUE REGULA EL PROCEDIMIENTO PARA EL**

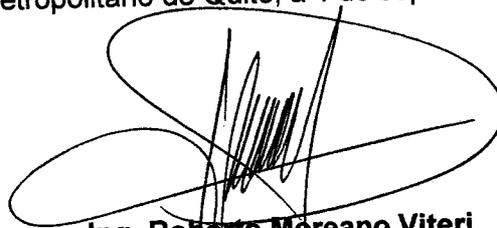
EMPADRONAMIENTO DE LOS ABONADOS DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO (SMA) Y REGISTRO DE TERMINALES PERDIDOS, ROBADOS O HURTADOS; y la Decisión 786 de la Comunidad Andina de Naciones que habla del INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN DE EQUIPOS TERMINALES MÓVILES EXTRAVIADOS, ROBADOS O HURTADOS Y RECUPERADOS EN LA COMUNIDAD ANDINA, y se abstenga de activar terminales, reportados como ROBADOS, por estar expresamente prohibido por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Artículo 5.- INFORMAR al administrado que tiene derecho a recurrir de esta Resolución, conforme lo dispone el artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, interponiendo el Recurso de Apelación de la presente Resolución, ante la señora Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en el término de quince (15) días contados desde el día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución. La interposición del Recurso, no suspende la ejecución del acto impugnado, en observancia de lo establecido en el segundo inciso del artículo 134 la Ley citada.

Artículo 6.- NOTIFICAR a la empresa Operadora CONECEL S.A., cuyo Presidente es el señor Alfredo Virgilio Escobar San Lucas, empresa concesionaria para prestar el Servicio Móvil Avanzado, con RUC 1791251237001, en su domicilio señalado en la Avenida Amazonas 6017 y Río Coca - Edificio ETECO, Piso 3 del Distrito Metropolitano de Quito, así como a la Dirección de Control de Servicios de Telecomunicaciones y a las Unidades: técnica, y financiera de la Coordinación Zonal 2; y a la Secretaria General de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL).

Notifíquese y Cúmplase.-

Dada en el Distrito Metropolitano de Quito, a 1 de septiembre de 2016.



Ing. Roberto Moreano Viteri
COORDINADOR ZONAL 2
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS
TELECOMUNICACIONES (ARCOTEL)



Luis Guano

172090119-6
09/Sep/2016