

**RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO6-C-2017-0009****ORGANISMO DESCONCENTRADO: COORDINACIÓN ZONAL N° 6 DE LA  
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES -  
ARCOTEL****ING. EDGAR OCHOA FIGUEROA  
COORDINADOR ZONAL No.6****CONSIDERANDO:****1. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA:****1.1. TITULO HABILITANTE**

El veinte y seis de agosto del año dos mil ocho, se celebró 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 Bandas de Frecuencias Esenciales celebrado entre: la Ex Secretaria Nacional de Telecomunicaciones y la compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A.

**1.2. FUNDAMENTO DE HECHO**

*"Mediante correo electrónico dirigido a las direcciones [dcsintsma@arcotel.gob.ec](mailto:dcsintsma@arcotel.gob.ec) y [cz6intsma@arcotel.gob.ec](mailto:cz6intsma@arcotel.gob.ec), el día jueves 01 de septiembre de 2016 a las 08:44, la abogada Patricia Falconí C., de la Gerencia Regulatoria de CONECEL S.A., comunicó a la ARCOTEL que "...a partir de las 08h35 aproximadamente, debido a causas no atribuibles a la operadora, tenemos afectación el servicio brindado por CONECEL, en las poblaciones de Zumba en la provincia de Zamora Chinchipe." [...] "Al momento ingenieros trabajan en busca de la causa de la afectación y la solución de este inconveniente. Tan pronto el servicio se restablezca a la normalidad les dejaremos conocer."*

*Con correo electrónico dirigido a las direcciones [dcsintsma@arcotel.gob.ec](mailto:dcsintsma@arcotel.gob.ec) y [cz6intsma@arcotel.gob.ec](mailto:cz6intsma@arcotel.gob.ec), **el mismo día 01 de septiembre de 2016 a las 12:29, el ingeniero Edwin Fernando Orquera de la Gerencia Regulatoria de CONECEL S.A., informo que "... el servicio se restableció a la normalidad aproximadamente a las 12h24.** En los próximos días haremos llegar a su despacho el informe con todos los detalles y sustentos técnicos de esta falla fortuita."*

*Según lo establecido en la cláusula 34, número 34.6, del contrato de autorización para la prestación del servicio móvil avanzado de CONECEL S.A.: "... En caso de que se produzca una suspensión de servicio debido a interrupción no programadas la Sociedad Concesionaria notificara este hecho, vía correo electrónico, a la SENATEL y a la SUPTEL, dentro de los treinta (30) minutos subsiguientes de haberse producido. **En dicha comunicación se hará constar el plazo durante el cual se estima que se establecerá el servicio.** [...] En caso de que la Interrupción no programada se deba a un evento de Fuerza Mayor, la Sociedad Concesionaria se obliga a presentar a la SENATEL y la SUPTEL dentro de los treinta (30) minutos subsiguientes de haberse producido. **En dicha comunicación se hará constara el plazo durante el cual se estima que se restablecerá el servicio.** [...] En caso de*

que la interrupción no programada se deba a un evento de Fuerza Mayor, la Sociedad Concesionaria se obliga a presentar a la SENATEL y la SUPTEL, **en un término de cinco (5) días, las pruebas que acrediten tal existencia. [...]**

### 1.3. ACTO DE APERTURA

El 23 de noviembre de 2016, esta Coordinación Zonal de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador AA-CZO6-C-2016-0024, recibido por la Señora Gladis García el 28 de noviembre de 2016, mediante Oficio No N° ARCOTEL-CZO6-2016-0278-OF, según lo certificado por el Centro de Atención al Usuario mediante Memorando ARCOTEL-CZO6-2016-0863-M.

En el referido Acto de Apertura se señala lo siguiente: la COMPAÑÍA CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, al no presentar dentro del **término de 5 días** las pruebas que acrediten la interrupción no programada ocurrida el 01 de septiembre de 2016, en la ciudad de Zumba, de la provincia de Zamora Chinchipe como un evento de fuerza mayor, **no siguió el procedimiento establecido en la cláusula 34.6 del Contrato de Concesión**, por lo que con dicha conducta estaría Incurrido en la infracción de primera clase, del artículo 117 literal b) número 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: "**16. Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y las obligaciones incorporadas en los títulos habilitantes que no se encuentren señaladas como infracciones en dichos instrumentos**", cuya sanción se encuentra establecida en los artículos 121 número 1 y 122, de la Ley de la materia, esto es una multa de hasta cien Salarios Básicos Unificados del trabajador en general; que 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, por lo tanto se realizarán las acciones correspondientes para obtener la información requerida.

## 2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL ORGANISMO DESCONCENTRADO:

### 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.”

**“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

El artículo 116, incisos primero y segundo, establecen: **“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.”

El artículo 142, dispone: **“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.”

El artículo 144, determina: **“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 DE 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 la 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.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Art 24.-** Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones.

6. Proporcionar en forma clara, precisa, cierta, completa y oportuna toda la información requerida por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones o el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, en el ámbito de sus competencias, en los formatos, plazos y condiciones establecidos por dichas autoridades.

## CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIO MÓVIL AVANZADO, DEL SERVICIO TELEFÓNICO DE LARGA DISTANCIA INTERNACIONAL.

*“Treinta y cuatro punto seis.-Interrupciones no programadas-En caso de que se produzca una suspensión de servicio debido a Interrupciones no programadas la Sociedad Concesionaria notificará este hecho, vía correo electrónico, a la SENATEL y a la SUPERTEL, dentro de los 30 minutos subsiguientes de haberse producido. En dicha comunicación se hará constar el plazo durante el cual se estima que se restablecerá el servicio.- En caso de que la interrupción se produzca durante la ejecución de trabajos que no contemplaban una interrupción no programada.- En caso de que la Interrupción no programada se deba a un evento de Fuerza Mayor, la Sociedad Concesionaria se obliga a presentar a la SENATEL y la SUPTEL, en un término de cinco (5) días, las pruebas que acrediten tal existencia. La SUPTEL, dentro del Término de quince (15) días, calificara si el evento presentado obedece a causas de Fuerza Mayor o Caso Fortuito. Si la Interrupción no programada se prolongare por más de cuatro (4) horas, la Sociedad Concesionaria deberá, obligatoriamente y por cualquier medio, dar aviso a sus usuarios.”*

## 2.2. IDENTIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y SANCIÓN

El número 16 de la letra b) del artículo 117 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, establece que constituye infracción de Primera clase.

“Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y las obligaciones incorporadas en los títulos habilitantes que se encuentren señalados como infracciones en dichos instrumentos”.

“**Artículo 121.- Clases.-** Las sanciones para las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones, se aplicará de la siguiente manera:

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

“**Artículo 122.- Monto de Referencia.-** Para la aplicación de las multas establecidas en esta Ley, el monto de referencia se obtendrá con base en los ingresos totales del infractor correspondientes a su última declaración de Impuesto a la Renta, con relación al servicio o título habilitante del que se trate.- Únicamente en caso de que no se pueda obtener la información necesaria para determinar el monto de referencia y se justifique tal imposibilidad, las multas serán las siguientes:

- a) Para las sanciones de primera clase, hasta cien Salarios Básicos Unificados del trabajador en general. (...) (En caso de que no se pueda obtener la información necesaria para determinar el monto de referencia y se justifique tal imposibilidad, para los servicios de telecomunicaciones cuyo título corresponda a un registro de actividades, así como los servicios de radiodifusión y televisión y audio y vídeo por suscripción, aplicará el 5% de las multas referidas en los literales anteriores) (...)

### 3. ANÁLISIS DE FONDO:

#### 3.1. CONTESTACIÓN AL ACTO DE APERTURA

La información presentada por parte de CONECEL S.A. con oficio GR-02389-2016 de 19 de diciembre de 2016, ingresados con registro de trámite N°ARCOTEL-DEDA-2016-007997-E, en la parte pertinente indica lo siguiente:

#### 4. CONSIDERACIONES JURÍDICAS A LAS AFIRMACIONES, PRECISIONES Y CONCLUSIONES ASUMIDAS POR LA CZO6.

“a) Reposa en el presente expediente y por lo tanto no es un hecho controvertido, la afirmación publica que la abogada Patricia Falconí de la Gerencia Regulatoria de CONECEL S.A., **informo a la ARCOTEL**, cerca de las 08h44 de una posible afectación de los servicios prestados por CONECEL S.A., destacando que la misma se hizo dentro de los 30 minutos que dispone la clausula 36.4 contractual, por lo expuesto queda demostrado que la afirmación concluyente de vuestro acto de apertura es laxo, circunstancia prohibida en todo “Ius Punendi” sea de naturaleza penal o administrativa.

b) Posteriormente su despacho afirmó “**sin embargo en la misma no se indico el plazo durante el cual se estima que se establecerá el servicio**”. Señor Coordinador nuestra representada es la empresa líder en servicios en el Ecuador, contamos con la mejor y mayor red de País, así como también es pertinente afirmar que el cumplimiento del plexo normativo es prioridad para CONECEL, sin embargo debemos exponer a usted que el proceso de determinación del plazo en el cual se restablecerá en servicio en las localidades presuntamente afectadas (es decir en

menos de 30 minutos) es un hecho imposible, circunstancia que también es parte del plexo normativo y determina así:

Art. 1477.- del Código Civil expresa que,

Art. 1477.- "(...) Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público."

Igualmente se expone en el expediente de casación 229, que "el objeto de la pretensión es necesario que sea físicamente y moralmente posible; entendiéndose que es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible, el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público". En consecuencia, es física y moralmente imposible entregar en menos de 30 minutos de conocido un percance en nuestro sistema, cuál sería el plazo en el que dicho percance va a ser restablecido, más aun cuando la causa.

Señor Coordinador todo procedimiento sancionatorio, exige a la Autoridad el determinar la tipicidad, antijuricidad y culpa del presunto infractor. La Unidad jurídica y técnica de vuestra dependencia debió constatar que la imputación hecha en contra de mi representada era jurídicamente **válida, posible** y de objeto cierto, sin embargo se limitó a declarar el incumplimiento de un hecho imposible, desconociendo que el Código Civil establece la imposibilidad de cumplimiento de la obligación como una causa de extinción de las mismo; Afirmación recogida en la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana identificada como T216-13.

**Incumplimiento del procedimiento previsto en el Artículo 34.6 en cuanto presentar en un término de cinco (5) días, las pruebas que acrediten la interrupción no programada ocurrida el 01 de septiembre de 2016.** Señor Coordinador las unidades Técnicas y Jurídicas dependientes de vuestro despacho han sostenido y así lo ha recogido usted, que existe un incumplimiento por el decurso de más de 5 días hábiles contados a partir del 01 de septiembre 2016, apreciación que sostenemos conforme consta el Acto de Apertura.

Conocedor de su irrestricto apego a la legalidad en su actuar público, es pertinente exponer dentro de la presente contestación y defensa de CONECEL S.A., que el **REGLAMENTO PARA EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD EN LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** prevé:

"Artículo 2.- DE LOS ACTOS DISCRECIONALES.- La potestad discrecional de la administración en la producción de actos administrativos de justifica en la presunción de racionalidad con que aquella se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos a tener en cuenta en su decisión, a fin de que la potestad discrecional no sea arbitraria, ni sea utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue.

Artículo 3. De forma previa a la expedición de los actos administrativos, los funcionarios cuidaran que exista una adecuada y correcta apreciación de los presupuestos de hecho determinantes, y una acertada valoración que conduzca a

que la toma de decisión se ajuste plenamente a los hechos que determinan la expedición del acto.

De lo citado y de los hechos descrito, podemos concluir que la calificación hecha por la CZO6 sobre el decurso de los 5 días a partir del 01 de septiembre de 2016, como fundamento para el inicio del presente Acto de Apertura es infundado, por cuanto la interrupción del servicio finalizó el 02 de septiembre de 2016 a las 09:26; así mismo, es arbitrario, ilegal e inconstitucional, al pretender INTERPRETAR un contrato de concesión pública a su arbitrio, por cuanto el Contrato de Concesión no manifiesta de forma expresa a partir de cuándo la operadora debe remitir el informe de afectación al servicio (pruebas de existencia), únicamente y de forma vaga se limita a prescribir la calidad de días (5) para su presentación.

Es de precisar, que la contabilización de los 5 días debía de realizarse desde el siguiente día hábil al 02 de septiembre de 2016 (5 de septiembre de 2016). **Fecha en la cual conforme correo electrónico del Ing Edwin Orquera** dirigido a las direcciones [dcshintma@arcotel.gob.ec](mailto:dcshintma@arcotel.gob.ec) y [cz6intma@arcotel.gob.ec](mailto:cz6intma@arcotel.gob.ec), en el que se indico que a partir de la fecha en mención se restableció el servicio en la ciudad de Zumba. Se deberá recalcar que a nivel general ARCOTEL ha aceptado que la contabilización del tiempo de entrega de los informes, sea a partir de la fecha de finalización de la interrupción puesto que sin haber finalizado el evento fortuito que ha ocasionado la interrupción del servicio, es imposible determinar las causas del evento y recopilar los sustentos que demuestren que se debió a un caso fortuito.

Por lo expuesto es correcto que al finalizar el 02/09/2016, la interrupción fortuita del servicio, los 5 días que otorga el contrato de concesión del SMA fenezca el 09/09/2016; con lo cual se comprueba que no existe incumplimiento alguno por parte de CONECEL.

Finalmente con respecto a la potestad pública de interpretación del contrato, la cláusula 3 referente a las interpretaciones, dispone "Las Partes convienen en que los términos de este **Contrato se interpretaran en el sentido literal y obvio de las palabras**, dentro del contexto del mismo y cuyo objeto revele claramente la intención de las Partes (...) por lo tanto en su sentido literal la cláusula 34.6 estipula la obligación de presentar en el termino de 5 días las pruebas que acreditan la existencia, (es decir a partir del siguiente día hábil al restablecimiento del servicio, contados desde el 05 de septiembre de 2016), mas no autoriza ni confiere la potestad a vuestro despacho para determinar desde cuando decurren los términos.

## **5. LA CONSECUENCIA JURÍDICA A LA PRESUNTA INFRACCIÓN Y LA CONTRADICCIÓN NORMATIVA.**

- A) El Contrato de Concesión para la Prestación de Servicio Móvil Avanzado celebrado entre la Ex Secretaria Nacional de Telecomunicaciones y CONECEL S.A., dispone lo siguiente:

"(...) Clausula 55.- Sanciones contractuales. Los incumplimientos contractuales citados en la Clausula 52 del presente Contrato darán lugar a la aplicación de las siguientes sanciones: 55.1 Sanción a los incumplimientos de primera clase: **Corresponde a una amonestación escrita**".

B) La Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en el artículo 121, numeral 1, establece:

“(…) Las sanciones para las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, televisión y audio y video por suscripción, se aplicara de la siguiente manera: 1. Infracciones de primera clase.- la multa será de entre el 0,001% y el 0,03% del monto de referencia.”

Señor Coordinador se torna evidente la contradicción con la única salvedad que la primera ha sido prevista y ordenada por el Estado ecuatoriano mediante un contrato administrativo de concesión y el segundo en la LOT; razón por la cual amerita el exponer con ánimos de reafirmar ante vuestro despacho la condición del contrato administrativo de concesión, como fuente de derecho vinculante para las partes, sin permitirnos dejar de lado la orden constitucional que impone a vuestro despacho resolver conforme a la norma más benigna para el administrado.

## 6. SUBSIDIARIEDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO FUENTE DE DERECHO.

“(…) el Estado encomienda a una persona, natural o jurídica, privada o pública no estatal, la prestación de un servicio público bajo determinadas condiciones objetivas, subjetivas y temporales.”

Este Contrato de Concesión, al tenor de lo establecido en la doctrina constituye:

“(…) para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y-además-que no se puede consentir la mera invocación del interés público por parte de la Administración para pretender desligarse de sus compromisos regularmente asumidos (...) Si el contrato es caracterizado legalmente como una declaración de voluntad común destinada a reglar los deberes y derechos subjetivos de las partes contrayentes(Artículo 1137, Código Civil) y en tanto configura para ellas una regla a la cual deben sujetarse como la ley misma (Artículo 1197, Código Civil), **no puede haber dudas de que el contrato administrativo encaja en el concepto de fuentes del derecho, incluso en el ámbito de las dos acepciones antes apuntadas**”

De lo manifestado anteriormente, se puede corregir que el Contrato de Concesión **es fuente plena de derecho** y Ley para las partes. Ahora bien, en el supuesto no consentido que vuestro despacho considere asignar como consecuencia jurídica una sanción en el presente procedimiento, recordamos que la Cláusula 55.1 del Contrato prevé como sanción a las infracciones de primera clase, **una amonestación escrita**. Lo expuesto previamente tiene sustento en el principio de favorabilidad.

## 7. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

Ahora bien el Contrato de Concesión al cual la CZO6 hace referencia, en su Clausula 55 establece como sanción para este tipo de incumplimiento una amonestación escrita. Sin embargo, el Acto de Apertura elaborado por el Organismo Desconcentrado Zonal 6 de la ARCOTEL, su despacho establece

como una presunta sanción al incumplimiento contractual por parte de CONECEL, la multa correspondiente a las infracciones de primera clase, esto es una multa entre el 0,001% y el 0,03% del monto de referencia, conforme lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Frente a esta contradicción, es evidente que una de las posibles sanciones es extremadamente gravosa al administrado; en virtud de ello la Constitución de la Republica, previene este escenario, manifiesta en su artículo 76, numeral 5 y 6, que:

“(...) Art. 76.- En todo proceso en el que se determine derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurara el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicara la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. **En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicara en el sentido más favorable a la persona infractora.** 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”.

Lo establecido en la Carta Magna concuerda con lo manifestado por la doctrina, dentro de la cual se lo conoce a este postulado como **Principio de favorabilidad**. De igual manera, la doctrina ha sostenido que la administración pública goza de una potestad sancionadora compatible con otro similar propia de los tribunales de justicia, siendo así ambas manifestaciones, parte de un genérico “ius puniendi” del Estado. Por lo tanto las garantías jurisdiccionales del debido proceso en materia penal se transpolan al ámbito administrativo sancionador.

En nuestra legislación, el principio de favorabilidad se encentra consagrado en varios cuerpos normativos, como el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), el cual establece en el numeral 2 de su Artículo 5 que, “(...) **en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción (...)**”. Siguiendo la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ratificado por el Ecuador, señala en su Artículo 15 que:

“(...) Art. 15.- 1.Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. **Tampoco se pondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.** Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiara de ello”

De manera similar, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada por el Ecuador, establece en su Artículo 9 que:

“(...) Art 9.- Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.



**Tampoco se puede aplicar pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.** Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delinciente se beneficiará de ello”.

En el mismo sentido, la jurisprudencia concuerda con lo manifestado supra y ha determinado que:

“(…) Así, en el caso de sucesión de leyes en el tiempo, si la nueva ley es desfavorable en relación con la derogada, **esta será la que se siga aplicando a todos los hechos delictivos que se cometieron durante su vigencia, que es lo que la doctrina denomina ultractividad de la ley.** (…)

## 8. **DE LOS ATENUANTES**

Concedores de la ausencia de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad de CONECEL S.A., dentro del presente procedimiento administrativo, invoco de manera complementaria a los alegatos expuestos supra, los atenuantes 1, 3 y 4 previstos en el artículo 130 Ley Orgánica de Telecomunicaciones así tenemos:

- a) **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 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.
- b) **Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción.** Al haber CONECEL presentado el informe justificativo de la interrupción fortuita, dentro de los 5 días posteriores a la finalización de la misma, ARCOTEL debe considerar el oficio N° GR-1707-2016. Sin perjuicio de lo mencionado, debemos precisar que el supuesto no consentido que ARCOTEL no tome como validas las pruebas y hechos esgrimidos en el presente, la falta descrita ha sido subsanada íntegramente con la remisión del oficio antes indicado que contiene el “Informe Final de Afectación al Servicio” bajo las premisas de:
- Descripción de la interrupción del servicio
  - Hora de inicio y terminación de la afectación
  - Motivos por los que se produjo la interrupción
  - Detalle técnico del proceso de corrección
  - Medidas Preventivas
  - Sustento técnico – jurídico del caso fortuito
- c) **Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción.** Al haber CONECEL presentado el informe justificativo de la interrupción fortuita, dentro de los 5 días posteriores a la finalización de la misma, ARCOTEL debe considerar el oficio N° GR-1707-2016. Sin perjuicio de lo mencionado, debemos precisar que en el supuesto no consentido que ARCOTEL no tome como validas las pruebas y hechos esgrimidos en el presente, la falta descrita, por su

propia naturaleza no causan un daño a los usuario/abonados, y por los cuales ARCOTEL ha admitido como validos atenuantes y propuestas de remediación similares, y ha resuelto no sancionar al operador presuntamente infractor en casos idénticos, por ejemplo, en el caso del Acto de Apertura ARCOTEL-CZ2-2016-0064 seguido contra OTECEL S.A por haber entregado a ARCOTEL mediante SAAD información que no contaba con los sellados electrónicos de firma y tiempo, ya que como afirma dicho operador, por un error de procesos internos el certificado de firma electrónica habría caducado.

En la resolución de dicho expediente, "se acepta que en este tipo de casos" no existe un daño ni directo ni indirecto que se haya causado a los usuarios, al servicio o se pueda detectar algún evento que pueda afectar al mercado" y en consecuencia, su autoridad se abstuvo de imponer sanción.

En aplicación del principio constitucional de igualdad y no discriminación, del debido proceso como derecho y haz de garantías, y del derecho a la seguridad jurídica que atraviesan como eje transversal nuestro ordenamiento jurídico incluyendo la Ley de Telecomunicaciones y su reglamento, comedidamente solicitamos se nos otorgue un trato semejante, aceptando los atenuantes propuestos y absteniéndose de sanciona a CONECEL.

### 3.2. PRUEBAS

#### PRUEBA DE CARGO

Criterios emitidos en los informes Técnicos Nro.IT-CZO6-C-2016-0131 de 21-09-2016.

#### PRUEBAS DE DESCARGO

Escrito de 19 de diciembre de 2016, ingresado con hoja de trámite Nro. ARCOTEL-DEDA-2016-007997-E de fecha 19-12-2016- a las 16:18:37.

Audiencia de alegatos llevada en la Coordinación Zonal 6 el 12 de enero de 2017, comparece, el abogado Fabián T Pozo.

### 3.3. MOTIVACIÓN

#### **PRIMERO: ANÁLISIS TÉCNICO SOBRE LOS ARGUMENTOS DE LA CONTESTACIÓN AL ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.-**

Con Memorando No. ARCOTEL-CZO6-2017-0081-M del 13 de enero de 2017 la Unidad Técnica realiza el análisis de la contestación presentada por el **CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL** referente al oficio GR-02389-2016 de 19 de diciembre de 2016, tramite Nro. ARCOTEL-DEDA-2016-007997-E, específicamente sobre los argumentos relacionados con el hecho imputado en el ACTO DE APERTURA, y emite su criterio técnico expresando lo siguiente:

*"En la información presentada por CONECEL S.A. en el oficio Nro. GR-02389-2016 de 19 de diciembre de 2016, en la parte pertinente al aspecto técnico, en el numeral 4.1, párrafos quinto y sexto, CONECEL S.A. indica lo siguiente:*

“De lo citado y los hechos descritos, podemos concluir que la calificación hecha por la CZ06 sobre el decurso de los 5 días a partir del 01 de septiembre de 2016, como fundamento para el inicio del presente Acto de Apertura es infundado, por cuanto la interrupción del servicio **finalizó el 02 de septiembre de 2016 a las 09:26;**” [...] (el resaltado y subrayado me pertenece).

“Es de precisar, que la contabilización de los 5 días debía realizarse desde el siguiente día hábil al **02 de septiembre de 2016** (5 de septiembre de 2016), fecha en la cual conforme correo electrónico del Ing. Edwin Orquera dirigido a las direcciones [dcsintsma@arcotel.gob.ec](mailto:dcsintsma@arcotel.gob.ec) y [cz6intsma@arcotel.gob.ec](mailto:cz6intsma@arcotel.gob.ec), en el que se indicó que a partir de la fecha en mención se reestableció el servicio en la ciudad de Zumba **Se debe recalcar que a nivel general ARCOTEL ha aceptado que la contabilización del tiempo de entrega de los informes, sea a partir de la fecha de finalización de la interrupción...**” [...] (el resaltado y subrayado me pertenece).

“Por lo expuesto es correcto que al haber finalizado el **02/09/2016**, la interrupción fortuita del servicio, los 5 días que otorga el contrato de concesión del SMA fenezcan el 09/09/2016; **con lo cual se comprueba que no existe incumplimiento alguno por parte de CONECEL.** (el resaltado y subrayado me pertenece).

Como se puede observar en el texto citado, CONECEL S.A. manifiesta que la interrupción del 01 de septiembre de 2016, finalizó el **02 de septiembre de 2016, lo cual es incorrecto**, pues la solución de la interrupción fue notificada mediante correo electrónico el **01 de septiembre de 2016 a las 12:29** por el Ing. Edwin Orquera, de la Gerencia Regulatoria de CONECEL S.A., indicando como hora de la solución las **12:24**, a continuación se presentan los correos impresos tanto del reporte de inicio como el de fin de la interrupción (la impresión de los correos indicados se encuentra también adjunta al informe técnico IT-CZO6-C-2016-0131 de 21 de septiembre de 2016):

Adicionalmente la información de la fecha y hora de inicio y solución de la falla **fue confirmada además por CONECEL S.A. mediante oficio Nro. GR-1707-2016 de 08 de septiembre de 2016, ingresado el 09 de septiembre de 2016** con número de trámite ARCOTEL-DEDA-2016-002182-E.

Por lo tanto, al haber ocurrido la interrupción de servicio no programada de CONECEL S.A. el 01 de septiembre de 2016, el término de 5 días establecido en el contrato de concesión de servicio, para la presentación de las pruebas que acrediten la interrupción como un caso de fuerza mayor, venció el **08 de septiembre de 2016** como consta en el informe técnico IT-CZO6-C-2016-0131 de 21 de septiembre de 2016, incluso si el término de 5 días se contabilizara desde la fecha de la solución de la interrupción como lo contabiliza CONECEL S.A.

En lo referente a lo manifestado por CONECEL S.A. en el párrafo sexto del numeral 4.1, del oficio Nro. GR-02389-2016 de 19 de diciembre de 2016, referente a que la ARCOTEL habría aceptado la contabilización del tiempo de entrega de los informes

a partir de la finalización de la interrupción; el suscrito no ha recibido instrucción alguna sobre ese particular, el informe y la contabilización del término de entrega de las pruebas de caso fortuito sobre una interrupción de servicio móvil avanzado no programada, está basada en el **"INSTRUCTIVO PARA REALIZAR EL CONTROL DE LAS INTERRUPCIONES NO PROGRAMADAS DE CONECEL S.A. Y OTECEL S.A."** emitido mediante memorando Nro. ITC-2009-00242 de 19 de junio de 2009 por el Intendente Técnico de Control de la exSuperintendencia de Telecomunicaciones, actualmente ARCOTEL, el cual no ha sido revocado. Se adjuntan copias del memorando e instructivo referido.

En la información presentada por CONECEL S.A. en el oficio Nro. GR-02389-2016 de 19 de diciembre de 2016, en la parte pertinente al aspecto técnico, en el numeral 9, literales b y c, se indica lo siguiente:

"b. Que, se considere como prueba a nuestro favor el oficio No. GR-1707-2016 de fecha 0 de septiembre de 2016, ingresado en la ARCOTEL bajo registro ARCOTEL-DEDA-2016-002182-E, dentro de los cinco días posteriores a la finalización de la interrupción del servicio objeto de este Acto de Apertura, se presentó el "Informe Final de Afectación al Servicio"

"c. Que, se considere como prueba a nuestro favor el correo electrónico remitido por el ingeniero Edwin Orquera, dirigido a las direcciones [dcsintsma@arcotel.gob.ec](mailto:dcsintsma@arcotel.gob.ec) y [cz6intsma@arcotel.gob.ec](mailto:cz6intsma@arcotel.gob.ec), el **02 de septiembre de 2016** a las 09h26"

Como ya se indicó en el presente informe, y como consta en el informe técnico IT-CZO6-C-2016-0131 de 21 de septiembre de 2016, el personal de CONECEL S.A. reportó que la solución de la interrupción se realizó el 01 de septiembre de 2016 a las 12:24; particular que consta además en el informe técnico emitido por personal de DIGITEC S.A. sobre la falla del equipo que ocasionó la interrupción, proporcionado el 15 de septiembre de 2016.

En cuanto al correo electrónico del 02 de septiembre de 2016 09:26, referido en el oficio Nro. GR-02389-2016 de 19 de diciembre de 2016, se indica el siguiente texto "Mediante el presente correo nos permitimos informar que a partir de las 06h00 del día de hoy, viernes 02 de septiembre de 2016; se ha restablecido totalmente el servicio en la ciudad de Zumba. En los próximos días haremos llegar a su despacho el informe con todos los detalles y sustentos técnicos de esta falla fortuita". Como se puede observar, el texto no indica la interrupción a la que se refiere, este correo no es mencionado además en el informe final presentado con oficio Nro. GR-1707-2016 de 08 de septiembre de 2016 sobre la interrupción ocurrida el 01 de septiembre de 2016.

## 1. CONCLUSIONES.

Sobre la base de lo expuesto se concluye que:

- La información presentada por la operadora del servicio móvil avanzado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. "CONECEL" mediante oficio Nro. GR-02389-2016 de 19 de diciembre de 2016, ingresado el día 19 de diciembre de 2016 con número de trámite



ARCOTEL-DEDA-2016-007997-E, en lo pertinente a la parte técnica, no desvirtúa lo indicado en el informe técnico IT-CZO6-C-2016-0131 de 21 de septiembre de 2016 el cual ha sido elaborado sobre la base del "INSTRUCTIVO PARA REALIZAR EL CONTROL DE LAS INTERRUPCIONES NO PROGRAMADAS DE CONECEL S.A. Y OTECEL S.A."; ratifico por lo tanto la información presentada en el informe técnico IT-CZO6-C-2016 0131 de 21 de septiembre de 2016."

**SEGUNDO: ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LOS ARGUMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DEL PRESUNTO INFRACTOR**

La Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 6, de la ARCOTEL, en **informe Jurídico Nro.IJ-CZO6-C-2017-0025** del 08 de febrero de 2017, realiza el siguiente análisis:

"El presente procedimiento, se inicia por cuanto la Operadora CONECEL, "Mediante correo electrónico dirigido a las direcciones [dcsintsma@arcotel.gob.ec](mailto:dcsintsma@arcotel.gob.ec) y [cz6intsma@arcotel.gob.ec](mailto:cz6intsma@arcotel.gob.ec), **el día jueves 01 de septiembre de 2016** a las 08:44, la abogada Patricia Falconí C., de la Gerencia Regulatoria de CONECEL S.A., comunicó a la ARCOTEL que "...a partir de las 08h35 aproximadamente, debido a causas no atribuibles a la operadora, tenemos afectación el servicio brindado por CONECEL, en las poblaciones de Zumba en la provincia de Zamora Chinchipe." [...] "Al momento ingenieros trabajan en busca de la causa de la afectación y la solución de este inconveniente. Tan pronto el servicio se restablezca a la normalidad les dejaremos conocer."

Con correo electrónico dirigido a las direcciones [dcsintsma@arcotel.gob.ec](mailto:dcsintsma@arcotel.gob.ec) y [cz6intsma@arcotel.gob.ec](mailto:cz6intsma@arcotel.gob.ec), **el mismo día 01 de septiembre de 2016 a las 12:29**, el **ingeniero Edwin Fernando Orquera** de la Gerencia Regulatoria de CONECEL S.A., informo que "... **el servicio se restableció a la normalidad aproximadamente a las 12h24**. En los próximos días haremos llegar a su despacho el informe con todos los detalles y sustentos técnicos de esta falla fortuita."(...)

La Operadora sin embargo, presento su informe final de interrupción del servicio el **día viernes 09 de septiembre de 2016**, 6 días laborables luego de ocurrido la interrupción, es decir fuera del plazo establecido, conducta con la que se a inobservado lo dispuesto en el Art. 24 numeral 6 de la ley Orgánica de Telecomunicaciones, y **el procedimiento establecido en la cláusula 34.6 del Contrato de Concesión**, que claramente señala que deben ser entregadas dentro de los cinco días hábiles, por lo que, la operadora habría incurrido en la infracción de primera clase, prevista en el artículo 117 literal b), número 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

En cuanto a que:

"a) *Reposa en el presente expediente y por lo tanto no es un hecho controvertido, la afirmación publica que la abogada Patricia Falconí de la Gerencia Regulatoria de CONECEL S.A., informo a la ARCOTEL, cerca de las 08h44 de una posible afectación de los servicios prestados por CONECEL S.A., destacando que la misma se hizo dentro de los 30 minutos que dispone la clausula 36.4 contractual, por lo expuesto queda demostrado que la afirmación concluyente de vuestro acto de apertura es laxo, circunstancia prohibida en todo "Ius Punendi" sea de naturaleza penal o administrativa*".

La cláusula 34.6 del Contrato de Concesión, estipula:

*“Treinta y cuatro punto seis.-Interrupciones no programadas-En caso de que se produzca una suspensión de servicio debido a Interrupciones no programadas la Sociedad Concesionaria notificará este hecho, vía correo electrónico, a la SENATEL y a la SUPERTEL, dentro de los 30 minutos subsiguientes de haberse producido. En dicha comunicación se hará constar el plazo durante el cual se estima que se restablecerá el servicio.- En caso de que la interrupción se produzca durante la ejecución de trabajos que no contemplaban una interrupción no programada.- **En caso de que la Interrupción no programada se deba a un evento de Fuerza Mayor, la Sociedad Concesionaria se obliga a presentar a la SENATEL y la SUPTEL, en un término de cinco (5) días, las pruebas que acrediten tal existencia.** La SUPTEL, dentro del Término de quince (15) días, calificará si el evento presentado obedece a causas de Fuerza Mayor o Caso Fortuito. Si la Interrupción no programada se prolongare por más de cuatro (4) horas, la Sociedad Concesionaria deberá, obligatoriamente y por cualquier medio, dar aviso a sus usuarios.”*

Luego de un breve análisis, resulta evidente que esta cláusula establece el procedimiento que la operadora ha de observar, cuando se produce una suspensión del servicio por interrupciones no programadas, contemplando a más de la disposición de notificar a la ARCOTEL (SENATEL y a la SUPERTEL), dentro de los 30 minutos subsiguientes de haberse producido la interrupción, otras como por ejemplo: en caso de que ésta se prolongue por más de cuatro (4) horas, dar aviso por cualquier medio a sus usuarios; y, de tratarse de una **Interrupción por evento de Fuerza Mayor, presentar a la ahora ARCOTEL, en un término de cinco (5) días, las pruebas que acrediten tal existencia.**

Es necesario recalcar que la operadora durante todos los años en los que ha prestado el servicio que le fue concesionado, ha sido compelida por el Organismo de Control a cumplir con el procedimiento descrito, por lo tanto es de su pleno conocimiento que, una vez ocurrida la interrupción, dispone de 5 días término para entregar la pruebas que acrediten la existencia del caso fortuito; término que tiene el carácter de preclusivo, pues una vez concluido activa el período de tiempo en el cual la ARCOTEL en mérito a las pruebas presentadas por la operadora; ha de calificar el evento, disposición determinada en la misma cláusula.

Es preciso señalar que mediante correo electrónico dirigido a las direcciones [dcshintasma@arcotel.gob.ec](mailto:dcshintasma@arcotel.gob.ec) y [czshintasma@arcotel.gob.ec](mailto:czshintasma@arcotel.gob.ec), **el día jueves 01 de septiembre de 2016**, a las 08h44 min CONECEL S.A. comunico a la ARCOTEL que a partir de las 08h35 min, debido a causas no atribuibles la operadora tiene afectaciones al servicio brindado, **el mismo día 01 de septiembre de 2016 a las 12h29 min, el Ing. Edwin Fernando Orquera**, de la Gerencia Regulatoria de CONECEL S.A., informa que el servicio **se restableció a la normalidad aproximadamente a las 12h24 min**; ahora bien si contamos desde el día que ocurrió la interrupción es decir el 01 de septiembre de 2016, CONOCEL S.A. tenía que haber entregado las pruebas que sustenten la existencia de la fuerza mayor, **hasta el 7 de septiembre de 2016**, en el supuesto no consentido que el decurso de los 5 días término se cuenten a partir del día siguiente hábil de ocurrido el evento, el término para presentar las pruebas habría **fenecido el 08 de septiembre de 2016**, como se puede observar de lo manifestado CONECEL S.A. no presento la documentación sino el **09 de septiembre de 2016 bajo registro ARCOTEL-DEDA-2016-002182-E** incumpliendo la cláusula 34.6 del contrato.

Por lo que, los hechos descritos por las unidades técnica y jurídica de esta Coordinación, no son contrarios a lo expuesto en el acto de apertura, en razón de que, la imputación atribuida no radica en la falta de la notificación de la interrupción, sino en la omisión de presentar en el término de 5 días las pruebas que acreditan que ésta fue producto de un caso fortuito.

En cuanto a que el acto de apertura es *laxo*, se debe indicar que la finalidad de éste consiste nada más en dar aviso o anuncio; en garantía del derecho fundamental de la defensa previsto en el artículo 76, número 7, letra a) de la Constitución, para alertar al administrado de se ha iniciado en su contra un procedimiento, debiendo entonces el Acto de Apertura contener como elementos mínimos el hecho imputado, la norma que se controla, la posible infracción en la que podría incurrir, en razón de que la identificación de las normas es lo que delimita el sentido de la defensa; y, finalmente la sanción aplicable, datos específicos que deben integrar la información suministrada, según la jurisprudencia comparada<sup>1</sup>, a fin de que el expedientado pueda defenderse de una imputación específica, por consiguiente el contenido de esta pieza procesal ha de permitir la producción o no de la indefensión<sup>2</sup>; circunstancias que han sido observadas por este Organismo al momento de emitir el Acto de Apertura que la operadora ha calificado de "laxo", por cuanto en los informes técnico y jurídico que como parte integrante del mismo, fueron notificados a la expedientada, se ha desarrollado un análisis prolijo, preciso y detallado para determinar el elemento fáctico, procediendo luego a realizar una operación lógica-jurídica, al subsumir de manera argumentada el hecho reportado a las disposiciones contractuales y legales, dando paso a la calificación jurídica de la infracción, alcanzando así niveles de concreción necesarios para una tipificación efectiva.

En torno a que:

*"Señor Coordinador nuestra representada es la empresa líder en servicios en el Ecuador... debemos exponer a usted que el proceso de determinación del plazo en el cual se restablecerá en servicio en las localidades presuntamente afectadas (es decir en menos de 30 minutos) es un hecho imposible..."*

Sobre el particular, simplemente cabe indicar que la obligación estipulada en la mencionada cláusula, consiste en hacer constar en la comunicación "el plazo durante el cual **se estima** que se restablecerá el servicio", dicha imposición contractual no es imposible de cumplir, no se refiere a un tiempo exacto, preciso o estricto, simplemente se trata de un plazo estimado o aproximado, en consecuencia, resulta física, moral y hasta lógicamente posible entregar en menos de 30 minutos de conocido un percance en el sistema de la concesionaria, un plazo estimado en el que el servicio va a ser restablecido.

Finalmente, en torno a los argumentos que esgrime en su defensa y que han sido recogidos en los puntos 5, 6 y 7 de su escrito, relativos a LA CONSECUENCIA JURÍDICA A LA PRESUNTA INFRACCIÓN Y LA CONTRADICCIÓN NORMATIVA, SUBSIDIARIEDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO FUENTE DE DERECHO y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD, a fin de que en el presente procedimiento administrativo sancionador en caso de llegarse a

<sup>1</sup> REBOLLO PUIG, Manuel, IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, Antonio M<sup>a</sup> Bueno Armijo, Panorama del derecho administrativo sancionador en España, Revista Estudios Socio-Jurídicos, ISSN 0124-0579, págs. 23-74,

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/busquedadoc?t=derecho+administrativo+sancionador&i=101>, p. 42

<sup>2</sup> *Ibidem* pág. 113-118

determinar la existencia del hecho infractor se imponga una sanción contractual. Al respecto, se hace notar que si bien, el procedimiento se instaura porque la operadora habría incumplido lo dispuesto en las cláusula TREINTA Y CUATRO PUNTO SEIS, sin embargo la inobservancia del elemento fáctico imputado; esto es, el **no haber presentado a la ARCOTEL (SENATEL y la SUPTEL), en un término de cinco (5) días, las pruebas que acrediten la existencia del caso fortuito que causó la interrupción no programada**, no ha sido prevista como INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL en la cláusula CINCUENTA Y DOS, por lo tanto no procede aplicar las sanciones estipuladas en el citado contrato.

En orden a los antecedentes expuestos, se establece que la operadora no aporta descargos que contradigan la existencia del hecho imputado o que constituyan un eximente de responsabilidad; por lo que se sugiere que lo expuesto en el Informe Técnicos Nro. IT-CZO6-C-2016-0131 de fecha 21 de septiembre de 2016, sea considerado como prueba suficiente para destruir la presunción de inocencia de la expedientada, debiendo emitirse la Resolución pertinente.”;

### 3.4 ANÁLISIS DE ATENUANTES Y AGRAVANTES

De lo expuesto, para la determinación de la sanción a imponer se debe considerar las atenuantes y agravantes descritas en los artículos 130 y 131 de la LOT.

**Art. 130.- Atenuantes.** Para los fines de la graduación de las sanciones a ser impuestas o su subsanación se considerarán las siguientes circunstancias atenuantes:

1. No haber sido sancionado por la misma infracción, con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento sancionador.

Revisada la base informática denominada “Infracciones y Sanciones”, se ha podido verificar que el expedientado no ha sido sancionado por la misma infracción, con identidad de causa y efecto en los 9 meses anteriores a la apertura del presente procedimiento sancionador, por lo que con esta circunstancia concurre en esta atenuante.

2. Haber admitido la infracción en la sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio. En este caso, se deberá presentar un plan de subsanación, el cual será autorizado por la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones.

Revisado el expediente se ha podido constatar que CONECEL S.A no ha admitido el cometimiento de la infracción ni ha propuesto un plan de subsanación.

3. Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción.

En referencia a esta atenuante CONECEL S.A. indica: “la falta descrita ha sido subsanada integralmente con la remisión del oficio antes indicado que contiene el “Informe Final de Afectación al Servicio” bajo las premisas de:

Descripción de la Interrupción del servicio  
Hora de inicio y terminación de la afectación  
Motivos por los que se produjo la interrupción

*Detalle técnico del proceso de corrección  
Medidas Preventivas  
Sustento técnico – jurídico del caso fortuito” (...)*

La atenuante 3 del Artículo 130 de la LOT, se encuentra desarrollado en el Artículo 82 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

El artículo 82 del Reglamento a la LOT, señala: “*Subsanación y Reparación.- Se entiende por subsanación integral a la **implementación de las acciones necesarias para corregir, enmendar, rectificar o superar una conducta o hecho que pudiera constituir un incumplimiento o infracción susceptible de sanción**; siendo una de estas acciones, la compensación que realicen los prestadores a favor de los usuarios por los servicios contratados y no recibidos, por deficiencias en los mismos; o, el reintegro de valores indebidamente cobrados.*”(…). (Lo subrayado y en negrita nos corresponde).

No se advierte que CONECEL S.A. haya procedido conforme lo prevee la norma citada.

En el caso del Acto de Apertura ARCOTEL-CZ2-2016-0064 seguido en contra de OTECEL S.A., se desprende lo siguiente:

*“Con el fin de evitar que este problema suceda nuevamente, OTECEL S.A. ha emitido las alarmas automáticas, las mismas que se activaran en tres áreas distintas: Tecnología Informática, Gestión Regulatoria y Legal, 30 días antes de que se caduquen; se ha optimizado el proceso de alarmas, de tal forma que nos alerte si el certificado esta por caducarse; se ha incluido la revisión de la caducidad de la matriz de mantenimiento que se la revisa diría y semanalmente. Asimismo, se está generando el proceso para 30 días antes de que se caduque el certificado de firma electrónica, realice la renovación.” (...).*

Como se puede observar OTECEL S.A. adopto acciones para subsanar y remediar el error que cometió, CONECEL S.A. no ha tomado ninguna medida para subsanar el presente incumplimiento, por lo que esta Coordinación Zonal 6 no considerar esta atenuante.

4. *Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción.*

La naturaleza del hecho que se le atribuye a la concesionaria CONECEL S.A., no corresponde a que se haya generado un daño técnico.

**En cuanto a las agravantes establecidas en el Artículo 131**, de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, no se ha establecido conducta alguna que permita considerar como agravante

### 3.5 DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

De los datos proporcionados por la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes mediante Memorando Nro. ARCOTEL-CTHB-2016-0405-M de fecha 13 de Diciembre de 2016, se desprende que “*Los ingresos totales obtenidos por la compañía CONECEL S.A., son de USD 1.305.779.127,65, información presentada en el Formulario de HOMOLOGACIÓN DE INGRESOS, COSTOS, GASTOS POR TIPO DE SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES correspondiente al año 2015.*”(…).

Consecuentemente se debe proceder conforme lo prevé el Art. 121 de la LOT, que establece lo siguiente: "1. *Infracciones de primera clase.- La multa será de entre el 0,001% y el 0,03% del monto de referencia.*"; considerando en el presente caso una atenuante.

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

### RESUELVE:

**Artículo 1.- DECLARAR** que la COMPAÑÍA CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL al no haber presentado dentro del término de 5 días las pruebas que acrediten la interrupción no programada ocurrida el 01 de septiembre de 2016, en las poblaciones de Zumba, provincia de Zamora Chinchipe como un evento de fuerza mayor, no siguió el procedimiento establecido en la cláusula 34.6 del CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIO MÓVIL AVANZADO, DEL SERVICIO TELEFÓNICO DE LARGA DISTANCIA INTERNACIONAL, por lo que con dicha conducta incurrió en la infracción tipificada en el artículo 117 letra b) número 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

**Artículo 2.- IMPONER** a la COMPAÑÍA CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL la sanción económica prevista en el artículo 121 número 1 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, equivalente al 0,001% y el 0,03%, de los ingresos totales de la compañía CONECEL S.A. información presentada en el Formulario de Homologación de Ingresos, Costos Gastos por tipo de Servicio de Telecomunicaciones correspondiente al año 2015, lo que da la suma de, 155.061,27, (**CIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL SESENTA Y UN DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA con 27/100**), considerando una atenuante, y ninguna agravante, valor que deberá ser cancelado en la Unidad Financiera Administrativa de la Coordinación Zonal 6 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, situada en la calle Luis Cordero 16-50 y Héroes de Verdeloma de la ciudad de Cuenca, provincia de Azuay, en el plazo de 30 días hábiles, 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 3.- DISPONER** a la COMPAÑÍA CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, que en caso de presentarse una interrupción no programada de fuerza mayor, entregue el informe con las pruebas que acrediten tal existencia, dentro del término de 5 días hábiles siguientes de ocurrido el evento.

**Artículo 4.- INFORMAR** al administrado que tiene derecho a recurrir de esta Resolución, conforme lo dispone el artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones interponer el Recurso de Apelación de la presente Resolución, ante la señora Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones dentro de quince (15) días hábiles contados desde el día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución. La interposición del Recurso de Apelación, no suspende la ejecución del acto impugnado, en observancia de lo establecido en el segundo inciso del artículo 134 la Ley citada.

**Artículo 5.- NOTIFICAR** a la COMPAÑÍA CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL cuyo presidente es el señor Alfredo Virgilio Escobar San Lucas, empresa concesionaria para prestar el Servicio de Móvil Avanzado, con RUC 1791251237001, en domicilio señalado en sus oficinas ubicado en la dirección Av. Amazonas 6017 y Río Coca – Edificio ETECO, Piso 3, en la ciudad de Quito provincia de Pichincha y en el correo electrónico [mcburgos@claro.com.ec](mailto:mcburgos@claro.com.ec), [tmaoldonado@claro.com.ec](mailto:tmaoldonado@claro.com.ec), [pfalconc@claro.com.ec](mailto:pfalconc@claro.com.ec), [lguerrap@claro.com.ec](mailto:lguerrap@claro.com.ec).

Notifíquese y Cúmplase.-

Dada en la ciudad de Cuenca, 08 de febrero 2017.



**Ing. Edgar Ochoa Figueroa**  
**COORDINADOR ZONAL No. 6**  
**AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES**