

RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZ2-2016-045

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

**ING. MIGUEL ÁNGEL JÁTIVA ESPINOSA
COORDINADOR ZONAL No. 2**

CONSIDERANDO:

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA:

1.1. TÍTULO 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 Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y la compañía CONECEL S.A.

1.2 FUNDAMENTO DE HECHO

El 26 de noviembre del 2015, mediante Memorando Nro. ARCOTEL-DCI-2015-0161-M, enviado por la Ing. María Teresa Avilés Burbano, Directora de Certificación de Equipos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, se pone en conocimiento de esta Coordinación Zonal, el informe sobre la carga de información en la base de datos de GSMA (GSMA IMEI DB), de terminales robados, perdidos, hurtados y recuperados por parte de la empresa CONECEL S.A. relacionada a la información proporcionada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia, de acuerdo a la decisión 786 de la Comunidad Andina de Naciones.

Dentro del análisis realizado como parte del informe sobre la carga de información en la base de datos de GSMA (GSMA IMEI DB), de terminales robados, perdidos, hurtados y recuperados por parte de la empresa CONECEL S.A., y remitido mediante Memorando ARCOTEL-DCI-2015-0161-M, se establece que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia, remitió el 13 de noviembre del 2015, a través de correo electrónico un informe sobre los IMEIs, que han sido cargados por Ecuador a la GSMA, a fin de verificar el cumplimiento de la decisión 786 de la CAN, información que fue descargada por las empresas operadoras de Colombia.

En función del informe detallado en el párrafo anterior, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones procedió a identificar en la base de datos de listas negativas que administra la institución, las operadoras de Ecuador a las que corresponden los IMEIs que no han sido subidos a la GSMA. De la revisión efectuada, correspondiente al periodo del 16 al 24 de agosto del 2015 sobre las información descargados del GSMA por parte de la operadora de Red de Telefonía Móvil "Colombia Móvil S.A. ESP- (TIGO)", se pudo establecer que la cantidad de IMEIs que corresponden a la operadora Consorcio Ecuatoriano de

Telecomunicaciones CONECEL S.A.. que no han sido subidos al GSMA, se resumen en la siguiente tabla:

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

Por lo que la Directora de Certificación de Equipos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, concluye lo siguiente:

"De acuerdo a la información analizada, la Operadora del Servicio Móvil Avanzado, Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL no ha realizado la carga diaria de la información de sus terminales reportados como robados, perdidos o hurtados y recuperados de sus usuarios a la base de datos de la GSMA (plataforma GSMA IMEI08), en el período del 16 al 24 de agosto de 2015, lo cual no permite el intercambio de dicha información a través de la mencionada base de datos. "

1.3 ACTO DE APERTURA

En fecha 13 de enero del 2016, se emitió el Acto de Apertura al Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZ2-005, Acto con que se le notificó a la empresa concesionaria, el 18 de enero del 2016, de conformidad con el Memorando ARCOTEL-CZ2-2016-0054-M, de 19 de enero del 2016.

2 CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

2.1 AUTORIDAD Y COMPETENCIA

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

"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 125 de la norma Ibidem, señala que la potestad sancionadora le corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, la cual podrá iniciar de oficio o por denuncia, y deberá **“sustanciar y resolver el procedimiento administrativo destinado a la determinación de una infracción y, en su caso, a la imposición de las sanciones establecidas en esta Ley”**, garantizando el debido proceso y el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador.

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. (...)”

Disposiciones Finales de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

"Primera.- Se suprime la Superintendencia de Telecomunicaciones, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) y la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones. Las partidas presupuestarias, los bienes muebles e inmueble, activos y pasivos, así como los derechos y obligaciones derivados de contrato, convenios e instrumentos nacionales e internacionales correspondientes a dichas entidades, pasan a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Cuarta.- La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ejercerá las funciones de regulación, control y administración atribuidas al Consejo Nacional de Telecomunicaciones, Superintendencia de Telecomunicaciones y Secretaría Nacional de Telecomunicaciones en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, su Reglamento General y demás normativa."

Disposiciones transitorias de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones

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

REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES.

Art. 10.- Del organismo desconcentrado de la ARCOTEL encargado del procedimiento administrativo sancionador.- El organismos 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 sancionadora la tienen los titulares de la sede principal o de las oficinas que se establezcan a nivel 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."

Resoluciones de ARCOTEL

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

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

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

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

"La estructura temporal de la ARCOTEL permitirá a la institución"

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

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

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

"ARTÍCULO 5. DE LAS UNIDADES DESCONCENTRADAS.

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

5.1 COORDINACIÓN ZONAL

El Coordinador Zonal, tendrá las siguientes atribuciones:

5.1.6. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES.

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

Por otro lado es necesario manifestar que la estructura temporal de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, aprobada por el Directorio

mediante Resolución Mo. 001-01-ARCOTEL-2015, reconoce la división de responsabilidades y da a la unidad desconcentrada la denominación de Intendencia Regional Norte y para efectos de aplicación la Resolución Nro. ARCOTEL-2015-00132, en su Disposición General Primera, determina que se tomen como equivalentes los términos "*Intendencia Regional Norte*" con "*Coordinación Zonal 2*".

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

2.2 PROCEDIMIENTO

En la tramitación de la causa y con la Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL-2016-CZ2-005, se ha notificado la Empresa Concesionaria, la misma que ha comparecido y dado contestación estableciendo las pruebas de descargo, ha ofrecido poder de ratificación de la intervención; se ha ratificado la misma, 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 respetados 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., en escrito ingresado el 10 de febrero del 2016, plantea la nulidad por vicio en la delegación administrativa, aspecto que es necesario aclararlo para determinar la validez de lo actuado en el presente procedimiento administrativo sancionador; por lo tanto, sobre esta situación es necesario considerar lo siguiente:

- El Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador se dictó en fecha 13 de enero del 2016 y se notificó a la empresa en fecha 18 de enero del 2016, conforme la certificación conferida por la Unidad Administrativa de esta Coordinación Zonal, enviada mediante memorando ARCOTEL-CZ2-2016-0054-M, de 19 de enero del 2016.
- La notificación se realiza con el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador, el Informe Técnico y el Informe Jurídico, y en ninguno de los tres documentos consta lo determinado en el numeral 1.4 del escrito de comparecencia de la empresa operadora cuando manifiesta:

"1.4 Competencia de la Coordinación Zonal 2

La Coordinación Zonal 2 en la Boleta, inicia el procedimiento administrativo sancionador en contra de CONECEL S.A., conminando a formular los descargos que se crea atribuido; igualmente en aras de justificar su competencia administrativa, cita:

1. Delegación conferida por la Directora conforme al Artículo 148 # 12 de la LOT. Transferencia Que consta en la Resol. ARCOTEL-2015-0132 (artículo 5) DE LAS UNIDADES DESCONCENTRADAS."

- No se expresa en ningún momento que esta autoridad tiene competencia por delegación conferida por la Directora; pues, siempre se ha manifestado y así

consta dentro de todo el Acto de Apertura y fundamentalmente en el numeral 3.1 que habla de la AUTORIDAD Y COMPETENCIA.

Para no abundar se realizará un resumen de lo expresado en el Acto de Apertura:

- En primer lugar se manifiesta que la competencia nace de la ley y se ha citado el artículo:

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. (...)*"

- Por otro lado se ha manifestado las Resoluciones expedidas por el Directorio de la Agencia la No. 001-01-ARCOTEL-2015 y la 002-01-ARCOTEL-2015, que determinan la aprobación de la estructura temporal de la ARCOTEL en base a la estructura que mantenían la ex SUPERTEL, la ex SENATEL y CONATEL, en el artículo 3 se le autoriza a la Dirección Ejecutiva a que defina el ámbito de sus competencias y atribuciones; y, en la Resolución 002, se designa a la Ing. Ana Proaño como Directora Ejecutiva de ARCOTEL. Posteriormente se emite la Resolución ARCOTEL-2015-0132, en la que se determina los órganos desconcentrados de ARCOTEL, artículo 5, se definen las atribuciones, de forma temporal hasta que el Directorio apruebe la estructura definitiva del organismo.
- Con el Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, dictado mediante DECRETO EJECUTIVO 864 de 28 de diciembre del 2015 se establece lo siguiente: (mayúsculas me pertenece)

Art. 10.- Del organismo desconcentrado de la ARCOTEL encargado del procedimiento administrativo sancionador.- *El organismos 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 sancionadora la tienen los titulares de la sede principal o de las oficinas que se establezcan a nivel 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."

La competencia en este caso, si está dada entonces por un decreto Ejecutivo conforme lo requiere la operadora. Lo que nunca se ha dicho es que se actúa por delegación, ya que se está plenamente convencido que la competencia es del órgano desconcentrado en sí y por consiguiente la persona que ostenta o detenta la titularidad del órgano ejerce las funciones determinadas en la Constitución, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y los Reglamentos.

Por lo expuesto en el presente trámite, no existe nulidad que declarar en cuanto a la falta de competencia del órgano y de este Coordinador Zonal, por lo tanto se considera válido todo lo actuado.

2.3 IDENTIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y SANCIÓN

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;

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 ...

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

Los Operadores de Servicios de Telecomunicaciones Móviles de los Países Miembros que usen la tecnología de acceso GSM, para el intercambio de información objeto de la presente Decisión, deberá hacer uso de la plataforma GSMA IMEI DB según las definiciones y términos que constan en el artículo 2 de la presente Decisión

y de acuerdo a lo establecido en el Anexo de esta Decisión y a los procedimientos y términos que la GSMA tiene establecidos.... "

Esta decisión obedece a acuerdos o instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador y también han sido recogidos por la normativa interna:

Mediante Resolución **TEL-535-18-CONATEL-2012**, emitida por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, se expidió la reforma a la "NORMA QUE REGULA EL PROCEDIMIENTO PARA EL EMPADRONAMIENTO DE ABONADOS/CLIENTES DEL SERVICIO MOVIL AVANZADO (SMA) Y REGISTRO DE TÉRMINALES PERDIDOS, ROBADOS O HURTADOS", que en su artículo 3 manifiesta:

"ARTICULO TRES. *Añádase luego del artículo 1 de Resolución TEL-2014-05-CONATEL-2011 de 24 de marzo de 2011 el siguiente texto: "Los prestadores del SMA, deberán realizar el intercambio de información de terminales móviles robados, perdidos, o hurtados a través de las diferentes plataformas existentes y operativas para las diferentes tecnologías de acceso.... "*

De lo anterior, y fundamentalmente considerando la Decisión 786 de la Comunidad Andina de Naciones que pasa a constituir una disposición supranacional se puede determinar que se ha incurrido en una infracción a la normativa sobre el empadronamiento de los terminales perdidos robados o extraviados, lo que podría constituir una infracción determinada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES.

Art. 117.-Infracciones de Primera Clase.-

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

16. Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y control de las Telecomunicaciones.

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 video por suscripción, se aplicarán de la siguiente manera:*

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

Art. 122.- Monto de referencia.

Pare la aplicación de las multas establecidas en esta Ley, el monto de referencia se obtendrá con base en los ingresos totales del infractor correspondiente 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-0117-2016, de 10 de febrero del 2016, con número de trámite ARCOTEL-DGDA-2016-002145-E, el 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 No P07995 (Anexo 1) otorgado ante la Notaría 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 Boleta No. ARCOTEL-2016-CZ2-000S (en adelante la "Acto de Apertura") notificada el 18 de enero de 2016. en relación al presunto cometimiento de la infracción prevista en el artículo 117, literal b) numeral 16 de la ley Orgánica de Telecomunicaciones (en adelante LOT), relacionado con la supuesta no carga de información en la base de datos de GSMA (GSMA IMEI 08), de terminales robados, perdidos hurtados y recuperados (en adelante "la Información")

Ante usted, muy respetuosamente procedemos a sustentar nuestra posición en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

1. DE LAS EVIDENTES NULIDADES PROCESALES

a. DE LA NULIDAD POR VICIO EN LA DELEGACIÓN ADMINISTRATIVA

1.1 De la Naturaleza de la ARCOTEL- Aplicabilidad del ERJAFE

Como es de su conocimiento, la ARCOTEL conforme el artículo 142 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (en adelante, la "LOT"), es un organismo público, adscrito al Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información - MINTEL. Esta condición jurídica hace que se identifique dentro del ámbito de aplicación del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (en adelante, ERJAFE), contenido en el artículo 2 literal b), ya que expresamente dispone lo siguiente:

"Art. 2.- AMBITO.- Este estatuto es aplicable principalmente a la Función Ejecutiva. Para sus efectos, la Función Ejecutiva comprende:

a) La Presidencia y la Vicepresidencia de la República y los órganos dependientes o adscritos a ellas

b) Los Ministerios de Estado y los órganos dependientes o adscritos a ellos (...)"(lo subrayado nos corresponde)

Los órganos comprendidos en los literales a) y b) conforman la Administración Pública Central y las personas jurídicas del sector público señaladas en los demás literales conforman la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva.

Ahora bien, determinado lo anterior --que el ERJAFE Instituye principalmente la estructura general, el funcionamiento, el procedimiento administrativo común y

las normas sobre responsabilidad de los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva-, está por demás concluir que la ARCOTEL debe acoger la normativa contemplada en el presente Estatuto, salvo que su norma especial consagre una condición más favorable o diferente en relación a un mismo aspecto normativo previsto en el ERJAFE, lo cual en la realidad no existe.

1.2 Competencia Administrativa

Como la LOT lo indica, la Administración Pública (ARCOTEL) tiene personalidad jurídica única para el cumplimiento de sus fines. Ahora bien, este conjunto de asignaciones y atribuciones, son determinadas mediante disposiciones legales expresas y públicas, por cuanto en derecho público, por el principio de legalidad conforme el artículo 2263 de la Constitución del Ecuador que guarda concordancia con el artículo 192 del ERJAFE, sólo se puede ejecutar las atribuciones conferidas por la Constitución, tratados, leyes y reglamentos generales.

Esta esfera de atribuciones a entes y órganos tiene características intrínsecas como la irrenunciabilidad e improrrogabilidad; así mismo debe ser ejercida de manera exclusiva y excluyente por el organismo que la tiene atribuida como propia, salvo los casos de **delegación, desconcentración, descentralización, sustitución, avocación.**

1.3 Transferencia de la Competencia Administrativa

Como es de su conocimiento, todo organismo público puede transferir el ejercicio de sus competencias propias a sus inferiores jerárquicos, salvo norma legal o reglamentaria en contrario. Al respecto, en materia de telecomunicaciones, la LOT señala expresamente que:

Art. 148. Atribuciones del Director Ejecutivo. Corresponde a la Directora o Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: (. . .) **12. Delegar una o más de sus competencias a los funcionarios de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.** (lo subrayado y resaltado nos pertenece)

En atención a la disposición expresa de la LOT y conforme a la doctrina, queda evidenciada la potestad de la Directora Ejecutiva para delegar.

Ahora bien, desconocemos los motivos, pero tenemos la seguridad que la ARCOTEL confundió involuntariamente la delegación con otra figura denominada DESCONCENTRACIÓN, según la cual conforme el artículo 54 del ERJAFE de la norma antes citada indica:

"Artículo 54. Desconcentración. La titularidad y el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos administrativos podrán ser desconcentradas en otros jerárquicamente dependientes de aquellos, cuyo efecto será el traslado de la competencia al órgano desconcentrado. La desconcentración se hará por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial." (Lo subrayado es nuestro)

1.4 Competencia de la Coordinación Zonal 2

La Coordinación Zonal 2 en la Boleta, inicia el procedimiento administrativo sancionador en contra de CONECEL S.A., conminando a formular los descargos que se crea atribuido; igualmente en aras de justificar su competencia administrativa, cita:

1. Delegación conferida por la Directora conforme al Artículo 148 # 12 de la LOT. Transferencia que consta en la Resol. ARCOTEL-2015-0132 (artículo 5) DE LAS UNIDADES DESCONCENTRADAS.

Es imprescindible destacar la evidente incongruencia jurídica existente entre la presunta "delegación" invocada por su Despacho en la apertura de dicho procedimiento cuando en el texto que invoca señala expresamente en su artículo 5, la figura de la "Desconcentración". **Vale la pena recordar que la desconcentración solo puede dictarse por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial, mecanismos que son distantes de una Resolución de ARCOTEL, así como las potestades de la Dirección Ejecutiva.**

En caso de ser desconcentración, se debe analizar la viabilidad de la Dirección Ejecutiva para dictar Decretos Ejecutivos o Acuerdos ministeriales, potestades atribuidas al Presidente de la República y Ministros de Estado, con ello se concluye que **la ARCOTEL ha incurrido en un vicio de delegación administrativa, violando así las garantías constitucionales y legales, y principios del Derecho Administrativo Sancionador.**

Debe tenerse en cuenta, que la doctrina especializada y más respetable, incide en forma especial, en las responsabilidades que como funcionarios públicos deben observar en el procedimiento administrativo sancionador. Así pues, Alejandro Nieto (en "Derecho Administrativo Sancionador") señala acertadamente que las decisiones sancionatorias basadas en Reglamentos y/o actos nulos, acarrearán que éstas sean a su vez, nulas, así como todo apremio que se realice en base a ellos. A su vez, Miguel Sánchez Morón (en "Derecho Administrativo, parte general") señala puntualmente que "La delegación de competencia en sentido estricto consiste en la asignación a un ente u órgano por parte de otro, normalmente en situación de supremacía o superioridad, del ejercicio de competencias determinadas **reconocidas como propias del segundo**" (el resaltado es nuestro): Este escenario no se ha dado en el presente procedimiento, y formulamos una especial invocación para archivar el mismo, y conducir la potestad sancionadora dentro de los parámetros que el Derecho establece.

2. DE LA INVOCACIÓN DE ATENUANTES

Sin perjuicio de lo descrito en el acápite anterior, 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, me permito 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 por cometimiento de la infracción tipificada en el numeral 16

letra b) del artículo 117 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones vigente desde el 18 de febrero del 2015, bajo los mismos hechos, esto es la carga de la Información conforme la Decisión 786 de la Comunidad Andina de Naciones y la Resolución TEL-535-18-CONATEL-2012.

2) Haber admitido la infracción en la sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio. En este caso. Se deberá presentar un plan de subsanación, el cual será autorizado por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.- Como CONECEL, aceptamos el cometimiento de la infracción imputada en el Acto de Apertura ARCOTEL-2016-CZ2-0005, prevista en el artículo 117 letra b) del numeral 16 de la LOT por cuanto no se cargó oportunamente la información en la base de datos de GSMA (GSMA IMEI 08), de terminales robados, perdidos hurtados y recuperados en el periodo del 16 al 24 de agosto de 2015.

3) Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción.- Como subsanación de la infracción cometida, indicamos que la Información de terminales reportados como robados en CONECEL, está siendo cargada de forma exitosa al sistema de la GSMA a partir del 28 de enero del 2015, mientras que estamos descargando información de los terminales reportados como robados de Colombia, Perú y Bolivia (miembros de la CAN), desde la misma plataforma desde el 14 de noviembre del 2015. Para muestra de lo antes descrito, remitimos capturas de pantalla de la información subida y bajada de la plataforma de la GSMA.

Se presenta dos capturas de pantallas con información de terminales reportados como robados en la CAN (bajada) y la información de terminales reportados como robados en CONECEL (bajada)

Para proceder con la carga y descarga de la información antes indicada, CONECEL ha implementado un proceso a nivel de su sistema y plataforma el cual detallamos a continuación.

1. Para bajar/descargar información

Es un proceso automático que se conecta por SFTP, al final del día al servidor y ruta designado para CONECEL por la GSMA. Posteriormente descargamos el archivo cuyo nombre coincide con la fecha del sistema a nuestro servidor donde se los almacena (IP: 184.72.120.102 RUTA: IPRIVATE/ECPG/DOWNLOAD), hasta que ARCOTEL nos indique cómo proceder con esta data.

2. Para subida/carga de información

I. Se toman todos los mensajes **M1** y se los valida en comparación con un "Histórico de Envíos a la GSMA".

II. Si ya está en el histórico dependiendo si es R/L NO se lo envía (Fenómeno de Duplicados).

III Si NO está en el Histórico, SI almacena y SI se lo envía a la GSMA.

IV. Finalmente se genera un archivo plano que es enviado vía SFTP al Servidor y Ruta asignada a CONECEL por la GSMA (IP 184.72.120.102) (RUTA: IPRIVATE/ECPG/UPLOAD)

Finalmente para como respaldo de lo aseverado anteriormente indicamos los campos que contiene el reporte de la GSMA.

Adjunta una tabla

4) Haber reparado Integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la Imposición de la sanción. *La infracción a que hace referencia el presente procedimiento sancionador no causó daño alguno a los clientes y usuarios de CONECEL, y en esa medida, no hay nada que reparar, más allá de la subsanación, en la forma detallada en el párrafo anterior.*

3. PRUEBAS

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

a) Que por Secretaria General de ARCOTEL se certifique si CONECEL ha sido sancionada por cometimiento de la infracción tipificada en el artículo 117 letra b numeral 16

b) Se permita a CONECEL, desmaterializar la información electrónica a través de una constancia notarial, que aparece en los prints de pantalla de nuestro proceso de carga y descarga de la información a la plataforma de GSMA, mismos que constan en el numeral anterior de este escrito, como medio de prueba a objeto de presentarla dentro término legal previsto.

c) Se nos fije fecha y hora, a fin de presentar de forma verbal nuestros argumentos jurídicos expuestos en la presente.

4. DE NUESTRA SOLICITUD

Señor Coordinador Zonal 2 de la ARCOTEL, con lo antes descrito solicitamos a su Despacho 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.

3.2 PRUEBAS

Con la contestación dada por el permisionario del SMA y de lo actuado dentro del procedimiento administrativo, es necesario que se considere las siguientes constancias actuadas y que hacen prueba:

a.- El Informe sobre la carga de la información en la base de datos de la GSMA (GSMA IMEI DB) de terminales robados, perdidos, hurtados y recuperados, emitido mediante Memorando No. ARCOTEL-DCI-2015-0161, de 26 de noviembre del 2016.