

RESOLUCION No. ARCOTEL-CZ2-2016-0056
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. TITULO HABILITANTE

El veinte y seis de agosto del año dos mil ocho, se celebró el Contrato De Concesión para la Prestación del 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 ex Secretaria Nacional de Telecomunicaciones y la compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A.

1.2. FUNDAMENTO DE HECHO

Con Memorando Nro. ARCOTEL-DCS-2015-0702-M, de 4 de diciembre de 2015, enviado por la Directora de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, Ing. Ana Gabriela Valdiviezo Black, se informa que a través del Memorando Nro. ARCOTEL-DRS-2015-0863-M de 30 de septiembre de 2015, la Dirección de Regulación de Servicios de las Telecomunicaciones, comunicó a esta Dirección: "*Mediante oficio GR-1042-2015 de 08 de junio de 2015 la empresa CONECEL S.A., puso en conocimiento de esta Agencia que el proceso de renovación del "Contrato de Acceso y Uso Compartido de Infraestructuras de Telecomunicaciones entre CONECEL Y ECUADORTELECOM" ha superado el tiempo de vigencia de dicho contrato, por lo cual, solicitan que se proceda con la inscripción en el Registro Público de Telecomunicaciones del "Acta de Acuerdos", suscrita entre las partes el 15 de abril de 2015 hasta que se celebre el nuevo acuerdo y el mismo sea inscrito en el Registro Público de Telecomunicaciones.*".

En este sentido, mediante oficio ARCOTEL-DRS-2015-0556-OF de 01 de julio de 2015 dirigido a CONECEL S.A. Y ECUADORTELECOM S.A. se solicitó informar a la ARCOTEL, la fecha y número de documento con el que se inició el trámite para la inscripción en el Reglamento Público de Telecomunicaciones del Contrato al que hace referencia en el oficio GR-1042-2015.

Ante esta consulta, según se señala en el Memorando Nro. ARCOTEL-DRS-2015-0863-M; ECUADORTELECOM S.A.: "*Mediante oficio GG-2015-422 ingresado a la ARCOTEL con número de tramite ARCOTEL-2015-007683 el 20 de julio de 2015, ECUADORTELECOM informó que con fecha 04 de mayo de 2010 suscribió con CONECEL el Contrato de Acceso y Uso Compartido de Infraestructuras de Telecomunicaciones, el mismo que por un error involuntario no fue remitido a la SENATEL en su momento para la inscripción respectiva. Con memorando ARCOTEL-DJR-2015-1039-M de 20 de agosto de 2015 la Dirección Jurídica de Regulación Comunico: "se ha podido establecer que no está registrado el contrato de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Telecomunicaciones celebrado entre Conecel S.A. y*

Ecuadortelecom S.A., por lo tanto no es procedente atender lo solicitado en el oficio Nro. GR-1042-2015, de fecha 08 de junio de 2015."

1.3. ACTO DE APERTURA

El presente procedimiento administrativo sancionador se inició en contra del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A., con número de RUC: 1791251237001, legalmente representada por el señor Alfredo Escobar San Lucas.

Con fecha 25 de febrero de 2016, esta Coordinación Zonal de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL No. 2016-CZ2-021, acto con el que se le notificó al CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A., el 25 de febrero de 2016, de conformidad como lo establece el Memorando ARCOTEL-CZ2-2016-0202-M de 29 de febrero de 2016, suscrito por el Ing. Gonzalo Granda.

2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

2.1. AUTORIDAD Y COMPETENCIA

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

Art. 83, numeral 1: "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

Los incisos primero y segundo del Art. 116, determinan: “El control y el régimen sancionador establecido en este Título se aplicarán a las personas naturales o jurídicas que cometan las infracciones tipificadas en la presente Ley.- La imposición de las sanciones establecidas en la presente Ley no excluye o limita otras responsabilidades administrativas, civiles o penales previstas en el ordenamiento jurídico vigente y títulos habilitantes.”.

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

“Artículo 142.- Creación y naturaleza.- Créase la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, técnica, económica, financiera y patrimonio propio, adscrita al Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información. La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones es la entidad encargada de la administración, regulación y control de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico y su gestión, así como de los aspectos técnicos de la gestión de medios de comunicación social que usen frecuencias del espectro radioeléctrico o que instalen y operen redes.”.

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

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 Organismo Desconcentrado de la ARCOTEL encargado del Procedimiento Administrativo Sancionador es el competente para aplicar el régimen sancionatorio previsto en la Ley, el presente Reglamento General y en los títulos habilitantes; puede contar con oficinas desconcentradas. La competencia para el ejercicio de la potestad sancionatoria la tienen los titulares de la sede principal o de las oficinas que se establezcan en el territorio nacional, según corresponda".

"Art. 81.- Organismo Competente.- El organismo desconcentrado de la ARCOTEL es el competente para iniciar, sustanciar y resolver, de oficio o a petición de parte, el procedimiento administrativo sancionador para la determinación de infracciones e imponer, de ser el caso, las sanciones previstas en la normativa legal vigente o en los respectivos títulos habilitantes, observando el debido proceso y el derecho a la defensa. También le corresponde sustanciar y resolver las reclamaciones por violación de los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, en este último caso, con excepción de las reclamaciones relacionadas a contenidos.

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

Resoluciones ARCOTEL

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 Ibídem señalada:

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

a) Garantizar la prestación de servicios y la entrega de los productos que provean 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:

RESOLUCIÓN ARCOTEL-2015-00132, DE 16 DE JUNIO DE 2015.

La señora Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en cumplimiento de las competencias otorgadas por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones delegó las atribuciones a las distintas unidades de la ARCOTEL, dentro de las cuales se establece las siguientes para las Coordinaciones Zonales:

Art. 5 DE LAS UNIDADES DESCONCENTRADAS.-

5.1.6 PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES

5.1.6.1. Elaborar y suscribir informes para la sustanciación de los procedimientos administrativos sancionadores, correspondientes al cometimiento de infracciones tipificadas en los Artículos 117, 118, 119 y 120 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

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 de la Resolución Nro. ARCOTEL-2015-00132, la 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 el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL No. 2016-CZ2-021, se ha procedido a notificar al CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A., quien ha comparecido para presentar sus alegatos y descargos; conforme al artículo 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en acatamiento y observancia de las cauciones básicas y reglas del debido proceso, en el ámbito administrativo, conforme lo prescriben las letras a), b) y h), número 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con lo determinado en el citado artículo 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

2.3. IDENTIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y SANCIÓN

LEY ORGANICA DE TELECOMUNICACIONES:

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

3. *“Cumplir y respetar esta Ley, sus reglamentos, los planes técnicos, normas técnicas y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información así como lo dispuesto en los títulos habilitantes.”; y, “12. Cumplir con las obligaciones de interconexión, acceso y ocupación de conformidad con esta Ley, su Reglamento General y las normas técnicas y disposiciones respectivas”.*

Art. 42.- Registro Público de Telecomunicaciones. *“El Registro Público de Telecomunicaciones estará a cargo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, la que establecerá las normas para el procedimiento de registro, requisitos y cancelaciones.*

En el Registro Público de Telecomunicaciones deberán inscribirse: g) Los acuerdos y disposiciones de compartición de infraestructura.”.

Art. 106.- *“Compartición de Infraestructura. Las y los interesados podrán negociar y acordar las condiciones técnicas, económicas y legales para el uso de la infraestructura física, mediante la suscripción de un convenio de uso compartido de infraestructura física o de constitución de la servidumbre, de conformidad con las Normas que resulten aplicables. El plazo para la negociación directa es de treinta (30) días contados a partir de la fecha de la petición realizada por el interesado.*

Para su perfeccionamiento y entrada en vigencia, los convenios de uso compartido de infraestructura física o de constitución de la servidumbre deberán ser aprobados por la Agencia de Regulación y Control de las

Telecomunicaciones e inscritos en el Registro Público de Telecomunicaciones (...)"

REGLAMENTO SOBRE ACCESO Y USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURA FISICA NECESARIA PARA FOMENTAR LA SANA Y LEAL COMPETENCIA EN LA PRESTACION DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (Res 163-06-CONATEL-2009 Reg. Of. 589 13 – may-2009) en su artículo 10 dispone: "**Registro de acuerdos o disposiciones de acceso y uso compartido**; así como sus modificaciones, reformar, ampliaciones o adendas."; adicionalmente el artículo 20 del mismo Reglamento manifiesta que: "**Registro de Acuerdos de acceso y uso compartido**; Los Acuerdos de acceso y uso compartido deberán ser remitidos a la SENATEL para su inscripción en el Registro Público de Telecomunicaciones, una vez que se verifique que estos Acuerdos cumplen con el contenido mínimo establecido en el artículo 19, caso contrario se solicitara a las involucrados completar la información de los acuerdos para su correspondiente inscripción."

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

Art. 118.- Infracciones de segunda clase.

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

27. No acatar ni cumplir a cabalidad las disposiciones de interconexión o de compartición de infraestructura emitidas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en los términos y plazos establecidos por esta."

Con respecto al monto de referencia los artículos 121 No.2 y 122, en su parte pertinente de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, disponen:

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

"2. Infracciones de segunda clase.- La multa será de entre el 0,031% al 0,07% 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

¹ **REGLAMENTO SOBRE ACCESO Y USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURA FISICA NECESARIA PARA FOMENTAR LA SANA Y LEAL COMPETENCIA EN LA PRESTACION DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES** (Res 163-06-CONATEL-2009 Reg. Of. 589 13 – may- 2009) ¹ se encuentran vigentes por disposición expresa de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Disp. Transitoria Quinta.-... los reglamentos emitidos por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones se mantendrán vigentes, mientras no sean expresamente derogados por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

determinar el monto de referencia y se justifique tal imposibilidad, las multas serán las siguientes:

"b) Para las sanciones de segunda clase, desde ciento uno hasta trescientos 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.

En la tramitación de la causa y con el Acto de Apertura al Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL No. 2016-CZ2-021, se ha notificado al **CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A.**, que ha comparecido a través del señor abogado Luis Fernando Guerra, ofreciendo poder o ratificación, mediante documento No. ARCOTEL-DGDA-2016-004710-E, de 17 de marzo de 2016, ingresado en la Oficina de Recepción de Documentos, dando contestación al contenido del Informe Técnico y lo establecido en el Acto de Apertura; en lo principal, en la comparecencia, se manifiesta:

"... (...)

1. DE LOS ANTECEDENTES

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

*"En el presente caso CONECEL S.A., no habría cumplido una de las normas reglamentarias de estricto cumplimiento; que es el registro de compartición de Infraestructura; por lo que **no se ha registrado el contrato de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Telecomunicaciones celebrado entre CONECEL S.A. y ECUADORTELECOM S.A.**, tal cumplimiento se subsumiría en lo que se encuentra prescrito como infracción de segunda clase en el número **27 letra b) del artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: "No acatar ni incumplir (SIC) a cabalidad las disposiciones de interconexión o de compartición de infraestructura emitidas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en los términos y plazos establecidos por esta"**" (lo subrayado nos pertenece).*

Dicho en otras palabras, el Proceso Sancionatorio se inicia porque presuntamente CONECEL, no ha inscrito el contrato de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Telecomunicaciones, suscrito con ECUADORTELECOM, configurando la conducta prevista en el artículo 118, letra b), número 27 de la LOT.

2. DEL ERROR FUNDAMENTO DE DERECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

Por su parte José Garberi indica que:

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

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

En párrafos anteriores se indicó que el hecho que presuntamente constituye la infracción es el no registro del Contrato de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Telecomunicaciones celebrado entre CONECEL y ECUADORTELECOM, mientras que la infracción imputada y tipificada, es el no cumplimiento de **las disposiciones de interconexión y compartición**.

Sobre el hecho - entendido como las acciones u omisiones que producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables - no existe discusión alguna, sin embargo es de trascendental importancia detenernos en la tipificación, por **cuanto el hecho no guarda ningún tipo de relación lógica con la conducta prevista en el artículo 118. letra b) número 27 de la LOT**, esta afirmación la sustentamos en los siguientes argumentos:

El Reglamento de Acceso y Uso Compartido de Telecomunicaciones publicada en el Registro Oficial 589 de 13 de mayo de 2009 y modificado el 08 de agosto del 2014, en el artículo 4 define a la "Disposición de acceso y uso compartido como":

"El acto administrativo emitido por la SENATEL para el acceso y uso compartido de infraestructuras físicas para la prestación de servicios de telecomunicaciones, valor agregado de acceso a Internet o un servicio de audio y video por suscripción, **cuando no hay acuerdo entre las partes**." (lo subrayado nos pertenece)

El mismo cuerpo legal citado en la letra anterior en el artículo 4 también define al Acuerdo para Acceso y Uso Compartido como:

"**Convenio entre la Partes**, que permite el acceso y uso compartido de infraestructuras físicas para la prestación de servicios de telecomunicaciones, valor agregado de acceso a Internet o un servicio de audio y video por suscripción, de conformidad con lo dispuesto en el presente reglamento" (lo subrayado nos pertenece)

De las definiciones legales citadas se desprende fácilmente que una Disposición de Acceso y Uso Compartido **no se asemeja en lo absoluto** a un Acuerdo de Acceso y uso Compartido, por cuanto como bien se identifica, el primero es una imposición que realiza la autoridad cuando las partes que comparten o compartirán infraestructura para prestar servicios de telecomunicaciones, valor agregado o audio y video por suscripción no hayan concertado voluntades.

Señor Coordinador Zonal 2, la norma por la cual se imputa a CONECEL, por el no registro del Contrato de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Telecomunicaciones celebrado entre CONECEL y ECUADORTELECOM, **no guarda relación lógica jurídica alguna** con la infracción tipificada en el artículo 118, letra b) numeral 27 de la LOT referente al no cumplimiento de las **disposiciones de interconexión**, definiciones cuya diferencia es notable y que ya fueron explicadas en párrafos precedentes.

Por todos los argumentos presentados en el número 2 de este escrito, su Despacho debe archivar el presente Expediente Administrativo Sancionatorio, al no contener ninguna relación entre los hechos con la sanción imputada.

3. NULIDAD DEL ACTO DE APERTURA

Sin perjuicio de lo descrito en el numeral anterior, en el presente apartado analizamos la validez de este acto administrativo y su nulidad.

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

Al respecto el artículo 66 del ERJAFE indica:

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

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

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

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

En tal sentido el artículo 129 del ERJAFE señala:

"Art 129.- Nulidad de pleno derecho.-

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

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

El Acto de Apertura notificado a CONECEL el 25 de febrero del 2015, aparentemente completo contiene como documentos adjuntos los siguientes documentos:

- Informe Jurídico No. ARCOTEL-2016-JCZ2-A-021
- Memorando No. ARCOTEL-DCS-2015-0702-M

Se depende de lo indicado que la Coordinación Zonal 2 no notificó a la CONECEL con el Informe Técnico tal como lo ordena el artículo 126 de la LOT, lo único que hace es remitir un memorandum interno dirigido al Coordinador Zonal 2 suscrito por la ingeniera Ana Valdiviezo Black en calidad de Directora de Control de Servicios de las Telecomunicaciones. Este documento carece de todo tipo de análisis, consideraciones y conclusiones respectó a los hechos imputados.

Señor Coordinador Zonal 2, la decisión administrativa debe reunir condiciones de existencia, validez y eficacia. A esta situación de regularidad legal se opone el concepto de acto viciado, que es irregular por carecer de lo esencial para su perfección. Al respecto el Consejo de Estado en sentencia de abril 11 de 1978 señaló **"el acto administrativo que nació viciado no se saneara porque, con posterioridad, se notifique legalmente (...)**

Igualmente señala la Jurisprudencia que **"CUARTO.- (...) Esta Sala también ha sentado jurisprudencia de aplicación obligatoria en el sentido de que la notificación de un acto administrativo, para que surta efectos legales debe realizarse en una de las formas señaladas en el Código Tributario correspondiendo a la administración la prueba de su efectiva realización"**.

La notificación, entendida como el acto por el cual se hace saber a una persona natural o jurídica el contenido de un acto o resolución administrativa, o el requerimiento de un funcionario competente de la administración en orden al cumplimiento de deberes formales se constituye en el medio por el cual los distintos actos administrativos se ponen en conocimiento de sus destinatarios,

En consecuencia, al no haber sido notificados con el Informe Técnico del Acto de Apertura se configura una violación flagrante y confesa de las garantías del debido proceso y derecho a la defensa establecidos en el literal h) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, que consagran:

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

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

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

"Los vicios del procedimiento administrativo sancionador detectados, afectan la validez de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2015-0023, por cuanto constituyen actuaciones del poder público que al no haber mantenido conformidad con las disposiciones constitucionales legales citadas, carecen de eficacia jurídica, toda vez que se ha verificado que en la sustanciación del procedimiento por parte del Organismo Desconcentrado, se ha vulnerado el derecho a la defensa de la Operadora como una garantía básica al debido proceso consagrado en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, así como también el derecho a la seguridad jurídica y la motivación del acto impugnado.

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

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

• Informes Técnicos o Dictámenes y su contenido

Por otra parte en el ERJAFE en su Artículo 71, considerando su calidad de Administración pública central, así:

"Se requerirá de dictámenes e informes cuando ello sea obligatorio en virtud de las normas de procedimiento administrativo. El dictamen tiene el propósito de facilitar elementos de opinión o juicio, para la formación de la voluntad administrativa y forma parte de los actos previos a la emisión de dicha voluntad. El dictamen o informe se integra como otra etapa de carácter consultivo - deliberativo en el procedimiento administrativo de conformar la voluntad administrativa.

Podemos concluir preliminarmente que la carencia de informe técnico o Dictamen administrativo TECNICO previo, en la presente causa genera no solo una violación al procedimiento adjetivo previsto en la LOT, sino también a la más básica obligación estatal en ejercicio del ius punendi, como es la motivación de todo acto administrativo; puesto que el memorando no tiene la calidad jurídica de informe técnico y de considerar vuestro despacho lo contrario, el contenido del memorando up supra, no cumple los contenidos mínimos exigidos por el ERJAFE en el Artículo 72.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva prevé en su Artículo 72, lo siguiente:

Art. 72.- CONTENIDO.- Los dictámenes contendrán:

a) Resumen de la cuestión objeto de la consulta;

- b) *Relación de los antecedentes que sirvan de elementos de juicio para resolver; y,*
- c) *Opinión concreta y fundada en normas jurídicas o técnicas aplicables a la cuestión consultada.*
- d) *Los informes, por su parte, referirán concretamente los antecedentes y circunstancias que hayan sido requeridos.*

CONECEL respetuoso del ordenamiento jurídico y del principio de legalidad de la actuación administrativa, insta a vuestro despacho a cotejar los cuatro elementos de contenido mínimo de todo dictamen o informe en el texto del memorando ARCOTEL-DCS-2015-0702-M.

Señor Coordinador Zonal 2, si bien es cierto el memorando antes identificado no es propiamente un acto administrativo, sin embargo, cuando un informe por disposición legal es obligatorio, tal como lo indica el artículo 21 del "Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL", pasa a formar parte del Acto Administrativo y de su motivación, por lo cual es absolutamente legal evaluar la razonabilidad del acto, la idoneidad de medios y la proporcionalidad del acto, triple exigencia del test constitucional de la Interdicción de la Arbitrariedad.

4. DE LA INVOCACIÓN DE ATENUANTES

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

1) No haber sido sancionado por la misma infracción, con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento sancionador.- *CONECEL no ha sido sancionado en los últimos 9 meses por el no registro de Acuerdos de Acceso y Uso Compartido.*

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 no registro del Contrato de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Telecomunicaciones suscrito con ECUADORTELECOM S.A., conforme lo indica el Reglamento sobre Acceso y Uso Compartido de Infraestructura física necesaria para Fomentar al Sana y Leal Competencia en la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones, tal como se indica en Acto de Apertura ARCOTEL-2016-CZ2-0021. Es importante indicar que el no registro de dicho contrato, obedeció a un error ajeno a nuestra voluntad, muestra de ello son los oficios GG-2015-No. 422 y GG-2015-No. 609, suscritos por el Gerente General de ECUADORTELECOM S.A*

Como plan de subsanación de la infracción cometida, debemos indicar que este ya se encuentra en pleno desarrollo conforme se lo indicará en el siguiente numeral.

3) Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción. Como subsanación al no registro del Contrato de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Telecomunicaciones suscrito con ECUADORTELECOM S.A., debemos indicar que el año anterior acordamos que la empresa ECUADORTELECOM sea quien realice el trámite de inscripción en el Registro de las Telecomunicaciones, muestra de ello son los documentos presentados los cuales detallo a continuación anexos al presente escrito:

- Oficio GG-2015-No.609 de fecha 08 de octubre de 2015 mediante el cual ECUADORTELECOM, en alcance al oficio GG-2015-No. 422 se presenta el "Contrato de Acceso y Uso Compartido de Infraestructuras de Telecomunicaciones suscrito entre CONECEL S.A. y ECUADORTELECOM S.A." para la inscripción en el Registro de las Telecomunicaciones.

- Oficio No. ARCOTEL-DJR-2015-0656-0F de fecha 03 de diciembre de 2015, en el que la Autoridad remite a CONECEL y ECUADORTELECOM los informes técnico y jurídico a fin de que se acojan las observaciones pertinentes.

- Oficio GG-2015-No.0749, de fecha 17 de diciembre de 2015, por el cual se presente la "Primera Adenda Modificatoria al Contrato de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Telecomunicaciones suscrito entre el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. y Ecuadortelecom S.A", con la inclusión de las observaciones realizadas en el oficio No. ARCOTEL-DJR-2015-0656-0F.

Queda evidente que el Contrato de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Telecomunicaciones suscrito ente CONECEL S.A. y ECUADORTELECOM, actualmente se encuentra en etapa de revisión final, una vez que la segunda operadora ha acogido y rectificado el documento legal en función de las observaciones técnicas y jurídicas descritas en los informes adjuntos al Oficio No. ARCOTEL-DJR-2015-0656-0F. Una vez finalizada esta revisión quedara perfeccionada la inscripción de El Contrato en el Registro de las telecomunicaciones.

4) Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de /a comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción. El no registro del Contrato de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Telecomunicaciones suscrito entre CONECEL SA y ECUADORTELECOM S.A, 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.

6. DE NUESTRA SOLICITUD

Señor Coordinador Zonal 2 de la ARCOTEL, con lo antes descrito solicitamos a su Despacho archive el Acto de Apertura por cuanto el hecho cometido por

CONECEL SA no guarda relación alguna con la infracción prevista en el artículo 118, letra b) número 27 de la LOT.

De no considerar nuestro argumento, solicitamos que declare nulo de pleno derecho el Acto de Apertura por cuanto ha vulnerado nuestro derecho previsto en el artículo 76 numeral 7. letra h)

Sin perjuicio de lo antes indicado, en caso que su Despacho haga caso omiso a nuestros argumentos sobre la nulidad del Acto de Apertura solicitamos 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 SA por los hechos imputados en el Acto de Apertura (...)"

3.2. PRUEBAS

La Constitución de la República ordena en su artículo 76 número 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: *"h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; **presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra**".*

En orden a lo expuesto, las pruebas aportadas y consideradas dentro del presente procedimiento administrativo sancionador son:

PRUEBAS DE CARGO

Dentro del expediente, como pruebas de cargo de la Administración, se enumeran las siguientes:

- 1.- Memorando No. ARCOTEL-DCS-2015-0702-M, de 4 de diciembre de 2015, suscrito por la Ing. Ana Gabriela Valdiviezo Black, Directora de Control de Servicios de las Telecomunicaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL.
- 2.- Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo ARCOTEL No. 2016-CZ2-021 de 25 de febrero de 2016.
- 3.- La razón de Notificación.

PRUEBAS DE DESCARGO

- 1.- Contestación al Acto de Apertura ARCOTEL No. 2016-CZ2-021 de 25 de febrero de 2016, No. de ingreso ARCOTEL-DGDA-2016-004710-E con el cual, el señor abogado Luis Fernando Guerra, ofreciendo poder o ratificación, presenta sus argumentos justificativos a nombre y representación del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A.

3.3. MOTIVACIÓN

ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LOS ARGUMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DEL PRESUNTO INFRACTOR

En relación a la contestación dada por el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A., mediante documento No. ARCOTEL-DGDA-2016-004710-E, de 17 de marzo de 2016 y con base a lo expuesto en el memorando Nro. ARCOTEL-DCS-2015-0702-M, de 4 de diciembre de 2015 por la Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 2, en Informe Jurídico ARCOTEL-2016-JCZ2-R-0056 de 5 de mayo de 2016, realiza el siguiente análisis:

El presente procedimiento administrativo sancionador, observa estrictamente las garantías del debido proceso, consagradas en el artículo 76, numeral 7, letra l), de la Constitución de la República que expresa: **"Art. 76.- [Garantías básicas del derecho al debido proceso].- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho a las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados."**

a.- La comparecencia al procedimiento por parte del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A., legalmente representada por el Ab. Luis Fernando Guerra, se encuentra debidamente legitimada.

b.- No habiendo asuntos de procedimiento que puedan afectar a la validez de todo lo actuado y por cuanto se han observado las garantías del debido proceso consagrados en la Constitución de la República y las formalidades establecidas en las leyes y reglamentos respectivos, se declara válido todo lo actuado.

c.- Previo a proceder a un análisis de las diferentes piezas procesales es necesario que se considere las siguientes disposiciones constitucionales que servirán de guía para la resolución que se deba tomar:

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".

"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 garantizara 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.**"*

d.- En cuanto a la presunta infracción acusada, la misma está tipificada en la ley, tanto en la descripción de la infracción como la sanción a ser impuesta y en caso de comprobarse la responsabilidad en el cometimiento de la misma, imponer la sanción, o caso contrario eximirle de responsabilidad; y, esta situación no vuelve al acto ilegítimo como lo expresa el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A., al manifestar que existe un error en el fundamento de derecho; caso contrario a lo que expresa la Operadora esta situación favorece a la defensa haciendo relación al principio de legalidad como garantía del debido proceso, pero no invalida un acto que debe ser entendido en su conjunto y no en partes tal como es el Registro de Acuerdos de acceso y uso compartido; las disposiciones emitidas son de estricto cumplimiento tal como lo manifiesta el Diccionario de la Lengua Española al referirse a definición de DISPOSICION sobre el cual manifiesta que es "*precepto legal o reglamentario, deliberación orden y mandato de la autoridad*", para el perfeccionamiento y vigencia los convenios, acuerdos de uso compartido de infraestructura física deben ser aprobados por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y a su vez inscritos en el Registro Público de Telecomunicaciones, lo cual se convierte en una disposición, y permite las condiciones de igualdad, no discriminación, neutralidad, fomento, promoción y preservación de la competencia, buena fe, transparencia, publicidad, lo que no sucedió con el contrato de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Telecomunicaciones celebrado entre CONECEL S.A. y ECUADORTELECOM S.A., el 4 de mayo de 2010, que incumplió normas reglamentarias de estricto cumplimiento; lo cual es aceptado expresamente en la intervención de CONECEL, al indicar: "*... Como CONECEL, **aceptamos el no registro del Contrato de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Telecomunicaciones suscrito con ECUADORTELECOM,** conforme lo indica el Reglamento sobre Acceso y Uso Compartido de Infraestructura física necesaria para Fomentar la Sana y Leal Competencia en la Prestación de Servicio de Telecomunicaciones, tal como lo indica el Acto de Apertura ARCOTEL-2016-CZ2-0021*"; por lo que la verdad material de la infracción imputada, materia del presente procedimiento administrativo sancionador, se encuentra plenamente demostrada, quedando únicamente analizar si esta aceptación, constituye un atenuante.

e.- Por otra parte, con respecto a lo señalado por el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A., sobre el asunto que no se ha adjuntado el Informe Técnico de conformidad con lo que determina el artículo 126 de la LOT y 16 de Instructivo Institucional, es necesario puntualizar que la LOT, en su artículo 126, habla de UN INFORME TÉCNICO JURÍDICO, y no de DOS como pretende, establecer el procedimentado; por otra parte, la forma en que las Unidades Técnicas emiten sus informes pueden hacerse bajo los títulos de Memorandos, informes o Actos de Simple Administración como lo determina el ERJAFE en su artículo 70, el mismo que

tiene relación con el artículo 74, además pueden tener como título, criterio o consulta técnica, etc. y esto no puede ser motivo de nulidad del acto administrativo.

Es más, la administración consultiva que emite dictámenes, informes, criterios, muchos de los cuales pueden ser vinculantes y otros no para la administración, puede hacerlo a título de memorando o cualquier otra denominación; sin que afecte, al acto administrativo en sus elementos y requisitos reconocidos en la doctrina.

f.- Con respecto a la invocación de atenuantes, se procede con un análisis individual, para determinar la procedencia o no de las mismas:

- En cuanto a la primera atenuante, es decir no haber sido sancionado por una infracción idéntica en causa y efecto en nueve meses anteriores; efectivamente, no consta en los archivos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, que el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A., haya sido sancionado anteriormente, razón por lo que se acepta esta atenuante.
- Sobre la segunda atenuante; es decir, admitir la infracción durante la sustanciación del procedimiento administrativo, presentando un plan de subsanación, el cual será autorizado por la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones, es necesario indicar que efectivamente, el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A., admite el cometimiento de la infracción imputada, tratando de subsanar el hecho infractor, conforme lo demuestra el contenido de los oficios GG-2015-422 y GG-2015-609, por lo que esta atenuante también es aceptada.
- En lo referente a la tercera atenuante; es decir, haber subsanado íntegramente la infracción en forma voluntaria antes de la imposición de la sanción, el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A., no ha procedido hasta la actualidad a formalizar el registro del Contrato de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Telecomunicaciones suscrito con ECUADORTELECOM; por lo que no cabe aceptar esta atenuante, ya que no se ha subsanado integralmente la infracción determinada como hecho infractor.
- En referencia a la cuarta atenuante que tiene que ver con la reparación integral de los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A., manifiesta que no existe una afección al mercado, ya que los usuarios del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A., no se han visto afectados por el servicio.

Indudablemente para aplicar esta atenuante hay que considerar en primer lugar si hay alguna afectación al mercado; y, en segundo lugar si se afectó al servicio o a los usuarios.

Si bien es cierto que los usuarios no se han visto afectados, no se debe dejar de lado, que al existir otros prestadores del mismo tipo de servicio en el mercado; este incumplimiento puede haber provocado afectación directa a uno o más de ellos; ya que la regulación que pretende la aplicación del

Reglamento pertinente, es fomentar la Sana y Leal Competencia en la prestación de Servicios de Telecomunicaciones, por lo tanto no se acepta a trámite esta atenuante planteada, lo que se debe considerar para la resolución que corresponda.

g. Sobre la base de las consideraciones reales y jurídicas expuestas, y dejando claramente establecido, que no existe argumento alguno de carácter jurídico eximente del presunto hecho infractor, en estricta observancia y apego a derecho, no se justifica ni desvirtúa, el hecho imputado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL No. 2016-CZ2-021 de 25 de febrero de 2016, que se adecua a lo prescrito en el artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que en la letra b, dice: *"Son infracciones de segunda clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: 27. No acatar ni cumplir a cabalidad las disposiciones de interconexión o de compartición de infraestructura emitidas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en los términos y plazos establecidos por esta."*

3.4 ATENUANTES Y AGRAVANTES

Los hechos fácticos respecto del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A., permiten considerar dos circunstancias atenuantes; la primera es la no reincidencia, y la segunda es la aceptación expresa del cometimiento del hecho infractor por parte de la representación de la compañía procedimentada; y su posible subsanación lo cual permite regular la sanción correspondiente.

Sobre la sanción económica, que corresponde aplicar, se debe tomar en cuenta la existencia de atenuantes y agravantes previstos en los artículos 130 y 131 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; en el presente caso del análisis del procedimiento, se desprende que el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A., tiene dos circunstancias atenuantes a su favor.

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

Para establecer la multa económica a imponer, se debe tomar en cuenta el contenido del memorando No. ARCOTEL-EQR-2016-0055-M, de 08 de marzo de 2016, en el que se informa a la Coordinación Zonal 2 que la declaración del impuesto a la renta de la empresa CONECEL S.A. correspondiente al ejercicio económico 2014 para el Servicio Móvil Avanzado (SMA), asciende a la cantidad de USD. 1'436.966.724,32 (MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES, NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MIL, SETECIENTOS VEINTE Y CUATRO DOLARES CON TREINTA Y DOS CENTAVOS), adicionalmente en el presente caso, existen dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante, por lo que se toma en cuenta la media entre la mínima y máxima sanción económica, que corresponde a una sanción de segunda clase y se descuenta el 50% por las atenuantes mencionadas, con lo que se obtiene que el valor de la multa alcanza la suma de QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL, QUINIENTOS SESENTA Y TRES DÓLARES CON NOVENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$ 585.563,94),.

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

RESUELVE:

Artículo 1.- ACOGER el Informe Jurídico constantes en el Memorando ARCOTEL--JCZ2-R-2016-0056, del 5 de mayo de 2016, suscrito por el profesional jurídico respectivo.

Artículo 2.- DETERMINAR que la empresa Operadora CONECEL S.A., cuyo Presidente es el señor Alfredo Virgilio Escobar San Lucas, empresa concesionaria para prestar el Servicio Móvil Avanzado, con RUC 1791251237001, al no haber desvirtuado lo determinado en el acto de apertura al Procedimiento ARCOTEL No.. 2016-CZ2-021 de 25 de febrero de 2016 es responsable de la infracción determinada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que tipifica en su Artículo 118 letra b) como de Segunda Clase, numeral 27 que manifiesta: *"No acatar ni cumplir a cabalidad las disposiciones de interconexión o de compartición de infraestructura emitidas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en los términos y plazos establecidos por esta."*

Artículo 3.- IMPONER a la empresa Operadora CONECEL S.A., cuyo Presidente es el señor Alfredo Virgilio Escobar San Lucas, empresa concesionaria para prestar el Servicio Móvil Avanzado, con RUC 1791251237001, de conformidad con el artículo 121 número 2 de la LOT, la sanción económica prevista como de segunda clase, aplicando el monto de referencia tomado del memorando No. ARCOTEL-EQR-2016-0055-M, de 08 de marzo de 2016, en el que se informa a la Coordinación Zonal 2 la declaración del impuesto a la renta de la empresa CONECEL S.A. correspondiente al ejercicio económico 2014 para el Servicio Móvil Avanzado (SMA); lo cual da una suma de, **QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL, QUINIENTOS SESENTA Y TRES DÓLARES CON NOVENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$ 585.563,94)**, que corresponde al 0.04075 % del monto de referencia, con dos atenuantes, valor que deberá ser cancelado en Unidad Financiera Administrativa de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, situada en la Avenida Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarreal, de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, en el plazo de 30 días calendario, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución, caso contrario, se iniciará el cobro mediante la vía coactiva. Si por cualquier motivo no procede a realizar dicho pago dentro del plazo señalado, la liquidación de intereses se calculará desde el vencimiento del mismo.

Artículo 4.- DISPONER que la empresa Operadora CONECEL S.A., cuyo Presidente es el señor Alfredo Virgilio Escobar San Lucas, empresa concesionaria para prestar el Servicio Móvil Avanzado, con RUC 1791251237001, observe las disposiciones de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones a que se encuentra obligado.

Artículo 5.- INFORMAR al administrado que tiene derecho a recurrir de esta Resolución, conforme lo dispone el artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones 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 6.- NOTIFICAR a la empresa Operadora CONECEL S.A., cuyo Presidente es el señor Alfredo Virgilio Escobar San Lucas, empresa concesionaria para prestar el Servicio Móvil Avanzado, con RUC 1791251237001, en el domicilio señalado con domicilio en la Avenida Amazonas 6017 y Río Coca – Edificio ETECO, Piso 3 del Distrito Metropolitano de Quito; sin perjuicio, de que en caso de no poder notificarse físicamente se lo haga a través de los siguientes correos electrónicos: tmaldonado@claro.com.ec, pfalconc@claro.com.ec, amachucm@claro.com.ec y lguerrap@claro.com.ec; a la Dirección de Control de Servicios de Telecomunicaciones; a las Unidades: técnica, jurídica y financiera de la Coordinación Zonal 2; y a la Secretaria General de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL).

Cúmplase

Dado y firmado en el Distrito Metropolitano de Quito, a 6 días del mes de mayo de 2016.



**Ing. Miguel Játiva Espinosa
COORDINADOR ZONAL 2**

**AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS
TELECOMUNICACIONES (ARCOTEL)**



(COPIA)



Dr. Eduardo Carrion-Cagnina Valle