



Quito, 25 de noviembre de 2018

GR-1680-2019

Señor Abogado
RICARDO FREIRE
Director Ejecutivo
Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones – ARCOTEL
Presente.-

Ref.- Observaciones al Proyecto de Norma Técnica para la Implementación y Operación del Sistema de Listas Positivas y Negativas del Servicio Móvil Avanzado

De mi consideración:

Por medio de la presente, me dirijo a usted a fin de hacerle llegar mis cordiales saludos, y a su vez, en relación al Proyecto de Norma Técnica para la Implementación y Operación del Sistema de Listas Positivas y Negativas del Servicio Móvil Avanzado, publicado para Audiencia Pública, muy cordialmente me permito remitir las observaciones al Proyecto Norma de la referencia:

Como es de su conocimiento, hace más de cuatro años cuando se planteó la iniciativa del Sistema de Listas Positivas, CONECEL fue pionera en proponer mejoras al proceso planteado por el regulador, dado que conocemos de primera mano el comportamiento del sector y el de los usuarios; tal es así, que para la implementación del módulo de activaciones en línea, mi representada realizó un esfuerzo considerable en cuanto a recursos humanos, técnicos, económicos y un tiempo aproximado de tres(3) años, para que finalmente en su puesta en producción, se desecharan las inversiones y desarrollos realizados, reemplazando la idea inicial del regulador por una propuesta de las operadoras, toda vez que aparentemente ARCOTEL comprendió que el servicio y el equipo en el cual el usuario decide usar el mismo, son totalmente independientes, antecedente que nos permitimos mencionar para futuras implementaciones, desarrollos, entre otros aspectos que CONECEL requerirá para el cumplimiento del presente proyecto normativo, más aún cuando el mismo carece del informe de impacto regulatorio, necesario para la emisión de este tipo de normas.

CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec



OBSERVACIONES GENERALES

1. AFECTACIÓN AL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA, LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS Y EL DERECHO DE PROPIEDAD DEL USUARIO.-

Es importante aclarar a la ARCOTEL que bajo los siguientes fundamentos legales, el Proyecto Normativo no puede aplicarse de forma retroactiva, según se cita a continuación:

Irretroactividad

El Código Civil reconoce este principio, en su Artículo 7, específicamente en su numeral 20:

"Art. 7.- La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes:

(...) 20. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo entonces vigente.

Las reglas consagradas en el Código Civil dentro del artículo que establece la irretroactividad de la ley, constituyen directrices que deben ser aplicadas en aquellos casos en los que el contenido de una norma expedida previamente es contrario a otra disposición expedida con posterioridad, en cuyo caso, las autoridades deben proceder conforme a los presupuestos del artículo 7 ibídem"

La Constitución de la República es sumamente clara al reconocer el derecho a la seguridad jurídica, que al mencionar "normas jurídicas" contempla las Resoluciones de ARCOTEL, diciendo:

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

La Corte Constitucional se ha referido respecto de la seguridad jurídica de la siguiente manera:

"El Artículo 82 de la Constitución de la República determina el derecho a la seguridad jurídica, el mismo que tiene relación con el cumplimiento de los mandatos constitucionales, estableciéndose mediante aquel postulado una verdadera supremacía material del contenido de la Carta Fundamental del estado Ecuatoriano. Para tener certeza respecto de una aplicación normativa acorde a la Constitución, se prevé que las normas que formen

CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec



parte del ordenamiento jurídico se encuentren determinadas previamente; además deben ser claras y públicas; sólo de esta manera se logra conformar una certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos que generan la confianza acerca del respeto a los derechos consagrados en el texto constitucional”.

La Corte Constitucional del Ecuador en fallo dictado el 19 de mayo de 2009, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 602, del 1 de junio de 2009, dijo lo siguiente:

“La seguridad jurídica es la garantía constitucional dada a los ciudadanos y ciudadanas por el Estado, de que sus derechos no serán violados; si esto ocurriera, se los protegerá. Es la convicción, la seguridad que tiene el ciudadano y ciudadana de que su situación jurídica no será, de ninguna manera, cambiada más que por procedimientos establecidos previamente. Esto quiere decir estar seguros de algo y libre de cuidados”.

Derecho de Propiedad del Usuario

La Constitución garantiza el derecho a la propiedad en todas sus formas, así de forma clara lo estipula el numeral 26 del art 66 que dice:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas, numeral 26.- El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.

Art. 323.- Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación.

La Convención Americana de los Derechos Humanos, sobre el derecho a la propiedad privada establece que:

“Art. 21: Toda persona tiene el derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.”

“Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos según las formas establecidas por la Ley.”

Con respecto a los límites del Estado en la propiedad de sus ciudadanos, la Corte Constitucional en sentencia 146-14-SEP-CC, citó a la tratadista Tara Melish, la cual refiriéndose al sistema interamericano de derechos humanos sobre este derecho señaló:

CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec



“El derecho a la propiedad constituye "un derecho inalienable, en donde ningún Estado, grupo o persona debe emprender o desarrollar actividades tendientes a la supresión de [ello]." Sin embargo, no es sacrosanto. El Estado podrá expropiar la propiedad en la que otros tienen derechos legales siempre que se cumplan tres condiciones: (1) pago de una justa indemnización; (2) la expropiación está justificada por razones de utilidad pública o interés social; y (3) la expropiación se lleva a cabo de conformidad con leyes pre-establecidas. Si la propiedad es confiscada, destruida o disminuida en su utilización o valor de cualquier otra manera, con el conocimiento, consentimiento o participación del Estado, y la víctima no ha sido justamente compensada por la pérdida, se podrá alegar una violación del artículo 21.”

El Proyecto Normativo en definitiva vulnera el derecho de seguridad jurídica y el derecho de propiedad, y se resumen así:

- Afectación desproporcionada del derecho de quienes adquirieron terminales previamente, pues éstos dejarían de funcionar si no se realiza el trámite previsto, a pesar de haber sido adquiridos previamente a la entrada en vigor de la norma.
- Imposición de un requisito de difícil cumplimiento (presentación de factura o nota de venta autorizada por el SRI), que no estuvo vigente al tiempo de la adquisición del equipo. Además el equipo podría haber ingresado como efecto personal de viajero, forma lícita de adquisición que no genera la obligación de tener factura autorizada por el SRI.
- Limita el derecho de propiedad y el art. 21 de la Convención Interamericana de DD.HH al grado de aniquilarlo, al derecho de uso y goce de los bienes (equipos terminales), a pesar de haber sido adquiridos en el país legalmente, y además no establece una indemnización o compensación del Estado al usuario por ello.
- El ciudadano poseedor de un equipo terminal pasaría a ser tratado administrativamente como presunto infractor y poseedor de un equipo de origen ilícito.
- Impone una restricción por medio de una norma reglamentaria, cuando la Convención exige que cualquier restricción de este tipo tenga rango de ley; esto además vulnera el principio de jerarquía de las normas establecido en el art. 425 de la Constitución.

2. VIOLACIÓN DE ACCESO AL SERVICIO PÚBLICO

CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec



Como lo dispuso la autoridad mediante Resolución ARCOTEL-2017-0716, el único requisito y/o validación para la activación de una línea móvil es la confirmación de datos del cliente (empadronamiento), independientemente del equipo que utilice el cliente para tal efecto, a excepción de los terminales reportados como Robados/Perdidos o Hurtados.

A su vez, considerando que el servicio es totalmente independiente del equipo en el cual el cliente decida utilizarlo, bajo ningún concepto puede imponerse una limitante a la activación de una línea, puesto que estaríamos negando el acceso a un servicio público sin que necesariamente el equipo en el que se realiza el empadronamiento de la línea, sea en el que va a utilizar dicho servicio.

Adicionalmente, bajo el antecedente mencionado en el segundo párrafo del presente oficio, el cual hace alusión al módulo de activaciones en línea, ***la consulta al módulo mencionado debe mantenerse como informativa, es decir tal como funciona hoy en día, más no como una limitante para la activación del servicio.***

3. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El texto de los artículos 5 y 13 del Proyecto Normativo:

- Imponen una limitación al ejercicio del derecho a acceder a servicios de telecomunicaciones, y el consecuente impedimento de activación a aquellos que se encuentren registrados en la denominada "lista negativa";
- Trasladan de facto al usuario la carga probatoria sobre la licitud de un equipo terminal, particularmente en el caso de terminales de IMEI duplicado.

El ciudadano que posea un equipo terminal que, por una u otra razón aparezca en las listas negativas de ARCOTEL, será tratado como presunto infractor -a nivel jurídico, como presunto autor de robo o hurto según el valor- pues el equipo no será susceptible de activación.

Este tratamiento como presunto infractor implica considerar al poseedor del equipo, que pudo haberlo adquirido de buena fe y legalmente en el país, como un receptor de un bien objeto de un ilícito.

La receptación es un delito tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, pudiendo ser i) receptación común, o ii) receptación aduanera.

Respecto del delito de receptación, la Corte Constitucional resolvió en sentencia 029-10-SCN-CC de 18 de noviembre de 2010 que:

CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec



*“El delito de receptación es un delito autónomo, pero además relacionado con otro delito previo (robo o hurto) lo que le constituye en un elemento sine qua non de éste. **Es imperioso por tanto que el delito previo haya sido declarado en sentencia, puesto que, mientras ello no ocurra, durante las diversas etapas del proceso penal, las acciones y actos son considerados como presumiblemente constitutivos de infracción y por tanto, no existen como tal.** (pág.14)*

El procesar a una persona por el delito de receptación, implicará imperiosamente que el delito previo a este, sea hurto o robo, haya sido ya declarado mediante sentencia (pág 14).

***La expresión “o cuya procedencia legal no pueda probarse” supone que quien no pueda justificar la procedencia legal del bien que detenga bajo cualquier forma incurre en el delito tipificado, esto a la vez constituye una violación al principio constitucional de inocencia** como aquella garantía para el procesado, que implica la prohibición de considerar a una persona como culpable de un hecho punible, cualquiera que fuese el grado de imputación, mientras el Estado mediante sentencia penal firme no declare su culpabilidad. (Pág 13).*

***La frase, además viola el principio de inocencia por cuanto supone una inversión de la carga de la prueba que originalmente debe corresponder al Estado** para desvanecer la presunción de inocencia reconocida constitucionalmente a este. Consecuentemente con la tipificación de un delito sustentado en una mera presunción, la inocencia pasa a ser un elemento a probarse. (Pág. 16).*

Con esta misma frase, se vulnera además el principio de lesividad propio del derecho penal, en tanto la propia norma señala que no es posible identificar a un perjudicado (Pág. 17)”

Ahora bien, sobre este punto es importante desvirtuar lo mencionado en el Informe de Presentación de Proyecto de Regulación, ***respecto de que los equipos no registrados son una problemática, cuando claramente no lo son, puesto que cumplen con estar homologados y no estar registrados en listas negativas***, y que el impacto y afectación al usuario derivado de este registro, pesa mucho más comparado con la utilidad que se le dará, ya que es netamente de insumo estadístico para la ARCOTEL, más aún cuando con la habilitación y correcto uso del Módulo disponible para la SENAE se podría llevar a cabo esta actividad, reduciendo las cargas operativas que se han dispuesto en el Proyecto Normativo hacia los usuarios y prestadores, considerando que los beneficios cualitativos definidos en el mismo informe para estos dos (2) últimos actores son mínimos, y que al final son a quienes más obligaciones se les ha atribuido.

A su vez, como se menciona en el mismo Informe, ***apalancado en las estadísticas facilitadas al regulador por parte las operadoras, los terminales duplicados en la red no son una problemática ya que no representan ni un 5% del parque de terminales activos en la red***, y que su inclusión en listas negativas tendría una afectación directa a los usuarios que, por desconocimiento, utilizan un terminal con

CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec



IMEI duplicado (ya que ni el usuario, ni las operadoras, e inclusive ni la misma ARCOTEL conocemos a ciencia cierta cómo determinar si un equipo es legítimo ya que el IMEI físico no siempre está disponible, por decisión del fabricante, por el uso, etc.), así como al usuario que utilice el terminal legítimo; bajo este entender, es necesario que ARCOTEL presente el análisis de impacto regulatorio y la gravedad de esta casuística de manera que evidencie la necesidad de una implementación de todo un aparataje tecnológico, procedimental y humano para controlar dicho fenómeno, dado que en las reuniones mantenidas con la dirección de homologación de ARCOTEL, se evidenció que el problema no es exponencial.

Por otra parte, de la lectura del mismo Informe se desprende que uno de los principales objetivos es controlar la adulteración de IMEIs de equipos que han sido reportados como Robados/Hurtados o Perdidos para ser reinsertados en el mercado, sin considerar que los equipos con IMEI adulterado **ya están siendo controlados con las campañas de No Homologados en Uso**, puesto que cualquier IMEI que no conste con dentro de la lista de modelos homologados en el país, es bloqueado.

4. Uno de los beneficios de la tecnología GSM, es la movilidad, recambio tecnológico y la posibilidad de que los usuarios con un mismo terminal puedan estar attached a varias redes del SMA y a varias IMSIs, y *considerando que en el proyecto normativo se plantea un registro de dupleta (IMEI-IMSI) y un registro presencial de equipos*, contradice la naturaleza del servicio en el cual nos desenvolvemos, y limita la libertad de los usuarios del SMA en relación al cambio de dispositivo móvil o cambio de SIM Card, lo cual incide directamente en una afectación a los usuarios del servicio.

De la revisión de los procedimientos propuestos en el proyecto normativo, se evidencia un incremento significativo respecto de las obligaciones regulatorias hacia los operadores del SMA, como por ejemplo, la atención presencial a todos los clientes que deban registrar un equipo, procedimiento que bien podría **mediante una verificación del equipo en uso, ya que se ha evidenciado que un equipo no registrado no es un problema, siempre que este homologado y que no conste en listas negativas**; así mismo, el almacenamiento de toda la información requerida como sustento de registro de terminales, únicamente podría ser almacenada por un plazo no mayor a seis meses, contados a partir de la suscripción de los mismos, proceso que sería consecuente con el plazo aproximado de recambio de terminales que puede tenerse en el SMA, todo ello permitiría un uso más efectivo de medios tecnológicos.

Por lo expuesto, solicitamos que las observaciones realizadas sean consideradas dentro del Proyecto Normativo, toda vez que en caso de ser aprobada como ha sido planteada, causaría graves prejuicios no sólo a los usuarios sino también a las operadoras de los servicios del SMA, que actualmente estamos enfocadas en destinar nuestras inversiones al despliegue de infraestructura y atención a zonas desatendidas, a fin de contribuir al

CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec



cumplimiento de las Políticas Públicas, promovidas por el Gobierno y el Ministerio Rector de Telecomunicaciones.

Sin otro particular y agradeciendo de antemano su gentil atención, reiteramos nuestros sentimientos de alta consideración y estima.

Muy Atentamente,

Ab. Ma. Belén Cárdenas
Jefe Marco Regulatorio

...// mmr

CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec