

# Comentarios al proyecto de "PROCEDIMIENTO PARA EJECUTAR LA TRASFERENCIA AL ESTADO, DE SALDOS REMANENTES DE RECARGAS"

REG Patricia Falconi <pfalconc@claro.com.ec>

jue 11/05/2017 17:49

Para: consulta publica <consulta publica@arcotel.gob.ec>;

Cc: REG Victor Garcia <vgarciat@claro.com.ec>; REG Danilo Karolys <dkarolyc@claro.com.ec>; REG Patricia Falconi <pfalconc@claro.com.ec>;

📎 3 documentos adjuntos

img-511163040-0001.pdf; GR-882-2017 FORMULARIO-OBSERVACIONES-AUDIENCIAS-DEVOLUCIÓN-DE-SALDOS-xls.xlsx; GR-0140-2014.tif;

Estimados Señores:

De acuerdo a lo establecido por ARCOTEL, y dentro del plazo concedido, adjuntamos a la presente, los comentarios de CONECEL respecto a la propuesta normativa en curso, los cuales agradeceremos sean tomados en cuenta.

A su vez, en la Audiencia Pública convocada para estos efectos, nos permitiremos poder abundar en mayores comentarios.

Sin otro particular, mucho agradeceremos nos confirmen la recepción del presente correo,

Saludos,

**Abg. Patricia Falconí C.**  
Coordinadora Marco Regulatorio-CONECEL

Gerencia de Regulación  
Av. Amazonas N44-105 y Río Coca  
+593 (02) 5004040 Ext. 2736  
+593 (09) 93995928  
[pfalconc@claro.com.ec](mailto:pfalconc@claro.com.ec)  
Quito – Ecuador



**AVISO DE CONFIDENCIALIDAD:** La información contenida en este e-mail es confidencial y sólo puede ser utilizada por el individuo o la entidad a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, cualquier retención, difusión, distribución o copia de este mensaje está prohibida y sancionada por la ley. Si por error recibe este mensaje, favor reenviarlo a su transmisor para comunicar la recepción equivocada y borre inmediatamente el mensaje recibido. CONECEL no asume responsabilidad sobre información, opiniones o criterios contenidos en este e-mail que no estén relacionados con negocios oficiales. Todas las cuentas [@conecel.com](mailto:@conecel.com) son ahora [@claro.com.ec](mailto:@claro.com.ec)

Privileged/Confidential Information may be contained in this message. If you are not the addressee indicated in this message, you should destroy this message. For more information on WPP's business ethical standards and corporate responsibility policies, please refer to WPP's website.

---

ARCOTEL Informa:

[Frecuencias para Todos](#)



Quito, 11 de mayo de 2017

**GR-882-2017**

Señora Ingeniera  
**Ana Proaño de la Torre**  
Directora Ejecutiva  
**Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL**

Presente. -

**Ref.- Comentarios al proyecto de "PROCEDIMIENTO PARA EJECUTAR LA TRASFERENCIA AL ESTADO, DE SALDOS REMANENTES DE RECARGAS EN LOS PLANES TARIFARIOS (PREPAGO Y POSPAGO) DE LOS ABONADOS Y CLIENTES DEL SMA QUE NO HAN SOLICITADO SU DEVOLUCIÓN, EN APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN GENERAL TERCERA DE LA LOT"**

De mi consideración:

**CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL** (en adelante "CONECEL"), debidamente representado por **VÍCTOR MANUEL GARCÍA TALAVERA**, en calidad de Apoderado Especial, según se desprende del Poder N° P00200 otorgado ante la Notaria Dra. María Tatiana García Plaza, N° 23 de Guayaquil, ante usted comparezco y señalo lo siguiente:

Habiéndose publicado en la página web de ARCOTEL, el proyecto de **"PROCEDIMIENTO PARA EJECUTAR LA TRASFERENCIA AL ESTADO, DE SALDOS REMANENTES DE RECARGAS EN LOS PLANES TARIFARIOS (PREPAGO Y POSPAGO) DE LOS ABONADOS Y CLIENTES DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO QUE NO HAN SOLICITADO SU DEVOLUCIÓN, EN APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN GENERAL TERCERA DE LA LEY ORGANICA DE TELECOMUNICACIONES"**, dentro del procedimiento de consultas públicas previsto en la Ley, en el plazo establecido, presentamos las siguientes Observaciones y Comentarios al mismo.

Mi Representada, en cumplimiento de la resolución TEL-01-01-CONATEL-2012, del 12 de enero de 2012 ha venido provisionando mensualmente, en una cuenta de pasivos a favor del Estado Ecuatoriano que se mantiene intocable, los montos de los saldos remanentes de los abonados o clientes, provenientes de las recargas cuya devolución no ha sido solicitada en el plazo de noventa días contados a partir de la cancelación de sus líneas, con el objeto de poder ser transferidos al Presupuesto General del Estado, de conformidad con el procedimiento que a la fecha aún se encuentra pendiente de ser emitido por parte de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones; procedimiento específico que se estaría generando una vez aprobado el proyecto sometido a consulta y denominado "PROCEDIMIENTO PARA EJECUTAR LA TRASFERENCIA AL ESTADO, DE SALDOS REMANENTES DE RECARGAS EN LOS PLANES TARIFARIOS (PREPAGO Y POSPAGO) DE LOS ABONADOS Y CLIENTES DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO QUE NO HAN SOLICITADO SU DEVOLUCIÓN, EN



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](http://www.claro.com.ec)



APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN GENERAL TERCERA DE LA LEY ORGANICA DE TELECOMUNICACIONES”.

Mi Representada está plenamente consciente de su obligación de transferir al Estado los montos acumulados desde enero de 2012 a la presente fecha, y de ejecutar las transferencias en el momento que se indique en el procedimiento específico que sea emitido por el Ente Regulador luego de finalizar la etapa de consultas públicas; no obstante, nos vemos en la obligación de señalar algunas disposiciones contenidas en el documento sometido a consulta, que a nuestro criterio podrían invalidar el procedimiento dado que carecen de legalidad y violentan principios constitucionales esenciales, los que estarían viciando el propio procedimiento en perjuicio de mi Representada y del propio Estado de Ecuador al generar riesgos innecesarios que podrían continuar retrasando la ejecución de las transferencias al Presupuesto General del Estado. Entre algunas de las irregularidades que a juicio de mi Representada requieren ser revisadas en el proyecto, mencionamos las siguientes:

- **La existencia de una obligación de CONECEL y en general de los prestadores del SMA, sobre la transferencia de saldos remanentes no reclamados a favor del Estado Ecuatoriano, y su fecha de existencia y exigibilidad.**

CONECEL tiene la obligación de transferir al estado los dineros no reclamados por saldos remanentes provenientes de recargas de los usuarios, a partir del 21 de diciembre de 2013; es decir la contabilización, para el traslado de los mismos, debe efectuarse de aquellos clientes que cayeron en las causales de devolución a partir de esa fecha.

La irretroactividad de la ley es un principio rector del ordenamiento jurídico y garantía constitucional básica, por lo tanto, la obligación de transferir al Estado los saldos remanentes no reclamados por los usuarios solamente puede ser exigida para períodos posteriores al 20 de diciembre de 2013.

La obligación de transferir al Estado los saldos remanentes no reclamados por los usuarios, NACE recién con la expedición de la resolución No. TEL-676-30-CONATEL-2013 “**Procedimiento de Devolución de Saldos Remanentes de Recargas de Abonados/Clientes del SMA**”, con la cual el entonces CONATEL, dispuso que aquellos valores que los clientes no reclamen directamente a la operadora, serán transferidos por las operadoras de SMA **a la entidad que sea definida por el CONATEL conforme el procedimiento que establezca para el efecto**<sup>1</sup>; es decir, no es hasta el 20 de diciembre de 2013, con la expedición de dicha resolución, que la obligación de transferencia de saldos al Estado existe como tal; más sin embargo la ejecución efectiva de la devolución, se conviene en una condición suspensiva, que

<sup>1</sup> Resolución TEL-676-30-CONATEL-2013, **Art. 5.- Plazo para solicitar el saldo remanente.** Los abonados/clientes del SMA, podrán solicitar la devolución de sus saldos remanentes provenientes de recargas dentro del plazo de noventa días contados a partir de la fecha en la que se haya generado la causal de devolución, esto es, de haber terminado la prestación de servicios con el concesionario del SMA o de que la línea haya dejado de ser catalogada como activa de conformidad con la normativa aplicable.

**Transcurrido el plazo anterior, el saldo remanente no reclamado por el abonado/cliente proveniente de las recargas será transferido por las operadoras del SMA a la entidad que sea definida por el CONATEL conforme el procedimiento que se establezca para el efecto.**

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





dependía de que el propio estado norme y puntualice a qué entidad debían trasladarse las mismas junto a un nuevo procedimiento específico para la devolución.

- La obligación de dar o hacer por parte de CONECEL en favor del Estado, en este caso de ejecutar la transferencia de los valores no reclamados por saldos remanentes provenientes de recargas por parte de los clientes, estuvo y sigue estando sometida a una **condición suspensiva**, a efectos de su materialización; es decir esta obligación requería de una acción indispensable de parte de ARCOTEL como contraparte para ser cumplida.
- Una obligación condicionada **NO PUEDE GENERAR INTERESES** sino a partir de la culpabilidad del deudor de la obligación en el retardo en la entrega de la cosa, una vez cumplida la condición. A breves descripciones, CONECEL caería en mora, generándose los intereses respectivos, si y sólo si, al momento de expedirse el procedimiento que indique en dónde y cómo hacer la transferencia de valores al estado, no llega a ser cumplido en el plazo determinado.

Aquellos saldos remanente que no fueron solicitados por los clientes y que se han venido acumulando hasta la presente fecha, no son objeto de pago de intereses, puesto que ARCOTEL NO cumplió con su responsabilidad de determinar oportunamente la cuenta y entidad gubernamental que receptoría los mismos, omisión que hoy en día no se puede imputar a CONECEL ni a las operadoras de SMA. En todo caso estaríamos frente a una condición de Mora Regulatoria que de ninguna manera podría ser imputada a mi Representada.

- Los intereses en caso de reliquidaciones, únicamente podrán aplicar en los casos en que la liquidación mensual fuere realizada fuera del término señalado, una vez definida la entidad receptora de los montos y el procedimiento específico de devolución por parte del Organismo Regulator.
- Mi Representada considera que la apropiación retroactiva de los saldos no reclamos por los Clientes por parte del Estado en fechas anteriores a la emisión de la resolución donde nace la obligación de traspaso hacia el Estado, es inconstitucional al convertirse en una clara violación al principio de irretroactividad de la Ley.
- Previo a la expedición de la resolución No. TEL-676-30-CONATEL-2013 **"Procedimiento de Devolución de Saldos Remanentes de Recargas de Abonaos/Clientes del SMA"**, no existe obligación de CONECEL y de las operadoras de SMA, de devolver al Estado saldos provenientes de recargas no consumidos.

Si bien el Contrato de Concesión de mi representada en su cláusula 41.4 establece la obligación de acumulación de saldo en prepago y pospago, no es menos cierto que es muy puntual que dicha acumulación es mientras la línea se encuentra activa, desde agosto de 2008 hasta 12 de enero de 2012, no existía obligación legal, contractual o reglamentaria, que determine que los saldos no consumidos provenientes de recargas de aquellos clientes que se inactivaron en la operadora, pasen a ser entregados al Estado; es más, como ya se ha mencionado previamente, el traspaso hacia el Estado, nace recién en diciembre del 2013.



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



En concordancia con esta disposición contractual, la propia resolución TEL-676-30-CONATEL-2013, en su Disposición General Primera <sup>2</sup> reconoce este precepto, señalando que es el CONATEL el que determinará dichos valores a través del establecimiento de auditorías a estos procesos.

El precepto jurídico de irretroactividad de la normativa citada, ha sido plenamente ratificado y aceptado por la propia Autoridad de telecomunicaciones, ya que en el informe de la Auditoría de Devolución de Saldos finalizado en diciembre de 2014, NO se determinaron montos a devolver por parte de mi Representada para el período comprendido entre el 27 de agosto de 2008 y el 12 de enero de 2012, concluyendo que CONECEL no posee saldos a devolver en dicho período.

## I. ANÁLISIS y OBSERVACIONES.

### 1. Acerca del nacimiento de la obligación de transferir los saldos remanentes no reclamados por los usuarios a favor del Estado Ecuatoriano.

Las disposiciones transitorias primera, segunda y tercera del proyecto en cuestión sometido a consulta, dicen lo siguiente:

*"Primera- Las operadoras Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. (Conecel), OTECEL S.A. y Corporación Nacional de Telecomunicaciones - CNT EP, transferirán a la ARCOTEL los saldos remanentes de los abonados o clientes, provenientes de recargas, cuya devolución a los abonados/clientes no fue realizada y que corresponden a los señalados en los resultados de las auditorías realizadas por la ex Superintendencia de Telecomunicaciones y la ARCOTEL, de acuerdo al siguiente detalle:*

OPERADOR	PERÍODO DE AUDITORÍA	MONTO
CONECEL S.A	27 de agosto de 2008 hasta el 20 de diciembre de 2013.	Los valores a transferir a la ARCOTEL, son los que constan como resultado de las Auditorías efectuados por la ex SUPERTEL y la ARCOTEL, más los respectivos intereses legales, calculados desde el 27 de agosto de 2008 hasta la fecha efectiva de pago.(lo resaltado es nuestro)
OTECCEL S.A.	30 de noviembre de 2008 hasta el 20 de	Los valores a transferir a la ARCOTEL, que son los que constan como el resultado de las Auditorías efectuadas por la ex SUPERTEL y la ARCOTEL, más los respectivos intereses legales, calculados desde el

<sup>2</sup> Resolución TEL-676-30-CONATEL-2013, **DISPOSICIONES GENERALES: Primera.** El procedimiento de devolución de saldos remanentes provenientes de las recargas a los abonados/clientes que habiendo acabado con su relación comercial con la operadora, mantenían saldos pendientes, cuya devolución no fue efectuada para las personas naturales o jurídicas abonados/clientes de CONECEL S.A., OTECEL S.A. y CNT E.P. en el período comprendido entre el 27 de agosto de 2008 (CONECEL S.A.), 30 de noviembre de 2008 (OTECCEL S.A.) y 12 de enero de 2012 (CNT E.P., fecha de cumplimiento del artículo 6 de la Resolución No. 01-01-CONATEL-2012 de 12 de enero de 2012), respectivamente hasta la fecha de entrada en vigencia de la presente resolución, **será establecido por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones con base en los resultados de la auditoría que realice la Superintendencia de Telecomunicaciones, respecto de los valores adeudados por las operadoras del Servicio Móvil Avanzado para dichos periodos.**



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



	diciembre de 2013.	30 de noviembre de 2008 hasta la fecha efectiva de pago.
CNT EP	12 de enero de 2012 hasta el 20 de diciembre de 2013.	Los valores a transferir a la ARCOTEL, que son los que constan como el resultado de las Auditorías efectuadas por la ex SUPERTEL y la ARCOTEL, más los respectivos intereses legales, calculados desde el 12 de enero de 2012 hasta la fecha efectiva de pago.

*Para la aplicación de esta Disposición, la ARCOTEL notificará a los prestadores los valores mensuales de los saldos remanentes de los abonados o clientes, provenientes de recargas cuya devolución no fue realizada, para cada mes del periodo comprendido."*

*Segunda.- Para el período comprendido desde 21 de diciembre de 2013 hasta la entrada en vigencia de la presente resolución, los prestadoras CONECEL S.A., OTECEL S.A. y CNT EP pagarán a la ARCOTEL los montos que corresponden a los valores resultantes de la información reportada mensualmente por el prestador en el formato de reporte 2.1.4.A establecido en aplicación de la Resolución TEL-052-02-CONATEL-2012 de 25 de enero de 2012, **más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.**(lo resaltado es nuestro)*

*Tercera.- Para cumplimiento de lo establecido en las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda de la presente Resolución, la ARCOTEL notificará a los prestadores del servicio móvil avanzado, los valores a pagar, **incluyendo los intereses legales** correspondientes, en un plazo máximo de diez (10) días contados a partir de la entrada en vigencia de la presente resolución. Las operadoras deberán realizar la transferencia, en un plazo máximo de 5 días, contados a partir del primer día hábil posterior a la notificación de pago que realice la ARCOTEL, conforme las disposiciones y condiciones que se emitan en dicha notificación.(lo resaltado es nuestro)*

*Así mismo, dentro de dicho plazo, notificará a los prestadores respecto de los cuales no se tenga la información desglosada mensualmente, a fin de cumplir con lo establecido en la Disposición Transitoria Primera de la presente Resolución."*

Conforme se expondrá a continuación, consideramos improcedentes estas disposiciones debido a que establecen la existencia de una obligación de CONECEL S.A. hacia el Estado Ecuatoriano desde fechas en las que la obligación de ejecutar el proceso de traslado no existía, debido a que era de cumplimiento imposible, pues necesariamente requería de una acción normativa de parte de ARCOTEL, que no ha existido hasta la fecha.

En primer lugar, debemos analizar si efectivamente existe una obligación de CONECEL a realizar la transferencia al Estado Ecuatoriano, de saldos remanentes de recargas en los planes tarifarios (prepago y pospago) de los abonados y clientes del servicio móvil avanzado que no han solicitado su devolución, en aplicación de la disposición general tercera de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (en adelante, "saldos remanentes") y desde qué fecha existiría esta obligación.



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



Al respecto, es necesario mencionar que el Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado y del Servicio Telefónico de Larga Distancia Internacional (en adelante, el Contrato de Concesión) establece únicamente lo siguiente:

*"Cuarenta y uno punto cuatro.- A más de los Planes Tarifarios que se establezcan conforme al numeral cuarenta y cuatro punto dos (44.2), los usuarios tienen derecho a disponer de Planes Tarifarios que consideren la acumulación de saldos no utilizados, por lo cual la Sociedad Concesionaria está obligada a crearlos en el Plazo de setenta (70) días. **La acumulación de saldo es obligatoria en prepago, y tanto en pospago como en prepago, se aplicará mientras la línea se encuentre catalogada como activa**" (el resaltado es nuestro)*

De la lectura de esta provisión contractual, se aprecia que la obligación establecida se refiere a la creación de una oferta comercial que incluya la acumulación de saldos, estableciéndose su obligatoriedad únicamente en el caso de la oferta prepago. La acumulación de saldos en pospago no es obligatoria, pero en caso de incluirse, aplica en ambas modalidades siempre y cuando la línea correspondiente se encuentre catalogada como activa.

**En esta cláusula nada se dice de la transferencia al Estado como contraparte en aquellos casos en que los usuarios no hubieren solicitado dicha devolución.** Por esto, no se puede tomar como fecha de nacimiento de una obligación general de acumulación de saldos remanentes y de transferencia al Estado de los mismos, la fecha de suscripción del Contrato de Concesión. A dicha fecha, no existía siquiera mención al tema, ni una mera expectativa de parte del Estado a recaudar estos valores, más aún cuando la práctica internacional de la industria de telecomunicaciones es completamente distinta.

El nacimiento de la obligación de trasladar los saldos no reclamados por los Clientes a favor del Estado, apenas ocurre con la emisión del PROCEDIMIENTO DE DEVOLUCIÓN DE SALDOS REMANENTES DE RECARGAS DE ABONADOS/CLIENTES DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO (SMA) emitido mediante Resolución TEL-676-30-CONATEL-2013 de 20 de diciembre de 2013. Es más, esta resolución en su considerando número 11 reconoce para efectos de justificar la decisión sobre el destino de los saldos a futuro, que *"los recursos correspondientes a saldos no reclamados por los clientes no son parte de los ingresos de dichas operadoras en razón de que no corresponden a servicios efectivamente prestados a los abonados, clientes o usuarios, es decir, pertenecen a terceros"*, sin mencionar en momento alguno que hubiesen pertenecido subsidiariamente al Estado.

En esta resolución, se incluyó efectivamente el plazo de 90 días para solicitar el saldo remanente de parte del cliente o abonado, incluyendo el siguiente párrafo *"Transcurrido el plazo anterior, el saldo remanente no reclamado por el abonado/cliente proveniente de las recargas será transferido por las operadoras del SMA a la entidad que sea definida por el CONATEL conforme el procedimiento que se establezca para el efecto"*, sin indicar qué tipo de entidad sería, si sería estatal o privada, o si podría ser una entidad sin fin de lucro. Asimismo, se deja pendiente el procedimiento específico de la transferencia.

Por esto, **si bien el CONATEL tendría desde entonces una -discutible- facultad de dirigir a qué entidad remitir esos valores pertenecientes a terceros (dejando en**

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





Indefinición la titularidad para cobrar), no habría nacido una obligación jurídica de ejecutar la transferencia de dichos valores, pues no existía contraparte titular del derecho de cobro que sea diferente al usuario o abonado, ni el procedimiento específico de transferencia.

En materia contractual, a ese momento no habría existido una obligación civil, ni siquiera una obligación natural de realizar dicha prestación, bien entendido que las obligaciones civiles son aquellas que "dan derecho a exigir su cumplimiento" mientras que las obligaciones naturales carecen de acción legal para exigir y forzar su cumplimiento, pero legitiman los actos de cumplimiento que el deudor hubiese podido realizar por iniciativa propia, dando derecho a retener lo recibido en razón de ellas.

Por esto, tampoco a dicha fecha habría nacido ninguna obligación de CONECEL de transferir los valores correspondientes a saldos remanentes al Estado Ecuatoriano. En el supuesto no consentido de que se entendiera como nacida a dicha fecha, sería una mera obligación natural, no exigible por vía jurídica alguna.

La mentada resolución TEL-676-30-CONATEL-2013 de 20 de diciembre de 2013, ordena también la realización de una auditoría para determinar los valores remanentes que los abonados han dejado como pendientes de utilización en las operadoras del SMA, misma que en el caso de CONECEL y OTECEL concluye con la emisión de los correspondientes informes finales remitidos por el ex Superintendente de Telecomunicaciones al ex CONATEL en fechas 16 de enero de 2015 (Oficio STL-2015-00078) y 04 de febrero de 2015 (Oficio STL-2015-00101) respectivamente; sin embargo, tampoco a dicha fecha se habría establecido a qué entidad debían pasar los valores remanentes pendientes, sin indicarse que correspondía transferirlos al Estado ni cómo hacerlo, ni a qué título.

Ley Orgánica de Telecomunicaciones publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 439 del 18 de febrero de 2015 es la que en su Disposición General Tercera, establece expresamente que:

*"Disposiciones Generales (...) Tercera.- Destino de los ingresos.- Los ingresos derivados del pago de derechos generados por el otorgamiento de títulos habilitantes en materia de telecomunicaciones y por el uso del espectro radioeléctrico, así como las contribuciones establecidas en esta Ley, ingresarán al Presupuesto General del Estado. De igual manera, los saldos remanentes de los abonados o clientes, provenientes de las recargas, cuya devolución no haya sido solicitada en el plazo de noventa días contados a partir de la generación de la causal de devolución, serán transferidos por el prestador del servicio al Presupuesto General del Estado, cuando concluya la relación contractual de prestación del Servicio de conformidad con el procedimiento que emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones para el efecto" (el resaltado es nuestro)*

Sin que exista disposición transitoria alguna sobre el tema, es en este momento (18 de febrero de 2015) en que nacería una obligación de transferencia hacia el Presupuesto General del Estado de parte de CONECEL sobre los saldos remanentes no reclamados por los abonados. No obstante, la ejecución de la obligación quedó condicionada a la emisión del procedimiento específico de transferencia por parte de la Autoridad Reguladora, donde entre otras cosas, debería estar definida la entidad encargada de la recaudación de estos montos. En virtud de la disposición final de dicha ley que dice:



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



*Quinta.- La presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial."*

## **2. Acerca de la necesidad de una acción normativa de parte de ARCOTEL para posibilitar el cumplimiento de la obligación.**

Habiéndose establecido la fecha de nacimiento de la obligación de transferir al Estado los valores correspondientes a saldos remanentes no reclamados por los usuarios o abonados correspondientes a recargas, debemos analizar si para su cumplimiento era indispensable una acción positiva de parte del Estado Ecuatoriano, ahora, en calidad de beneficiario subsidiario de estos valores que inicialmente debieron reclamar los usuarios o abonados como titulares.

Al respecto, debe tenerse presente que no sólo la Disposición Transitoria Quinta de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sino también el Art. 5 de la Resolución No. TEL-676-30-CONATEL-2013, establecieron la obligación de ARCOTEL de dictar la normativa y procedimientos pertinentes para la aplicación de la entonces nueva Ley de Telecomunicaciones, incluyendo entre ellas, la normativa referente al procedimiento de transferencia al Presupuesto General del Estado de los valores correspondientes a saldos remanentes no reclamados por los abonados.

Por parte de CONECEL, en sendas comunicaciones, puntualmente en la cursadas a la entonces SENATEL y SUPERTEL mediante oficio GR-0140-2014 de fecha 23 de enero de 2014, en cumplimiento a la Resolución TEL-676-30-CONATEL-2013, puntualmente se solicitó que: *"Conforme al artículo 5 de la referida Resolución, los abonados/clientes del SMA podrán solicitar la devolución de sus saldos remanentes provenientes de sus recargas dentro del plazo de 90 días contados a partir de la fecha en que se haya generado la causal de devolución, y si no lo realizan en dicho plazo las operadoras del SMA deberán transferir los saldos remanentes ni reclamados a la entidad y bajo el procedimiento que el CONATEL designe. **Al respecto solicitamos nos indique una fecha tentativa en la que el CONATEL definirá el procedimiento a seguir respecto de los saldos remanentes no reclamados.**"* (Lo subrayado me pertenece). Como se puede observar, CONECEL ya en enero de 2014, solicitó que nos indique el procedimiento y por tanto la entidad a la cual se debe transferir, sin que haya existido respuesta alguna de parte de la autoridad.

En consecuencia, **hasta que dicha normativa secundaria no hubiere sido emitida, mal podían las operadoras cumplir con la disposición reglamentaria y legal**, siendo aplicable el principio *"mora purga mora"*, que si bien es originario del derecho civil, es aplicable también en materia administrativa y de contratos suscritos por el Estado con los privados, pues la omisión de dictar dicha normativa secundaria impide de facto que la operadora pueda cumplir con la obligación establecida en la Ley.

Asimismo, ante la ausencia de la normativa secundaria indispensable, resultaba una obligación de imposible cumplimiento, que de conformidad al derecho ecuatoriano no sería exigible. Sobre los hechos imposibles, el Código Civil menciona:

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

## **3. Acerca del cargo de intereses sobre los valores a transferirse al Estado.**

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





Una obligación condicionada **NO PUEDE GENERAR INTERESES** sino a partir de la culpabilidad del deudor de la obligación en el retardo en la entrega de la cosa, una vez cumplida la condición. A breves descripciones, CONECEL caería en mora, generándose los intereses respectivos, si y sólo si, al momento de expedirse el procedimiento que indique en dónde y cómo hacer la transferencia de valores al estado, no llega a ser cumplido en el plazo determinado.

Aquellos saldos remanente que no fueron solicitados por los clientes y que se han venido acumulando hasta la presente fecha, no son objeto de pago de intereses, puesto que ARCOTEL NO cumplió con su responsabilidad de determinar oportunamente la cuenta y entidad gubernamental que receptoría los mismos, omisión que hoy en día no se puede imputar a CONECEL ni a las operadoras de SMA. En todo caso estaríamos frente a una condición de Mora Regulatoria que de ninguna manera podría ser imputada a mi Representada.

En cuanto a la aplicación de intereses en la devolución por parte de CONECEL de los saldos remanentes de los abonados y clientes que se han acumulado desde el 27 de agosto de 2008 hasta la presente fecha, con motivo de la expedición de la Resolución No. TEL-676-30-CONATEL-2013 de 20 de diciembre de 2013, emitida por el ex Consejo Nacional de Telecomunicaciones, es necesario efectuar el siguiente análisis:

La obligación de transferencia de los saldos remanentes por parte de CONECEL en favor de la ARCOTEL, conforme lo establecido nuestro ordenamiento jurídico, es una obligación de dar, concepto que la doctrina ha definido como *"la necesidad de transferir la cosa que constituye el objeto de la prestación, o constituir sobre ella algún otro derecho real"*<sup>3</sup>. Esta obligación, en el caso que nos ocupa tiene como objeto la transferencia de los valores que los abonados y clientes acumulan como saldos remanentes de recargas y no han sido reclamados a la compañía operadora (CONECEL) dentro del plazo que la ley otorga para tal efecto. La transferencia a ser realizada por CONECEL, fue regulada en la citada resolución, la cual determina que deberá ser realizada *"por las operadoras del SMA a la entidad que sea definida por el CONATEL conforme el procedimiento que se establezca para el efecto"* (subrayado es nuestro), es decir contempla una condición suspensiva para la efectivización o materialización de la obligación de dar que ostenta la administración (en nuestro concepto inconstitucional), condición que el tratadista Alessandri define como *"el hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento o la adquisición de un derecho (...)* **En realidad, toda condición suspende algo: la suspensiva, el nacimiento del derecho**<sup>4</sup>. De la misma forma el Código Civil ecuatoriano estipula en su artículo 1495 que *"La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho"*.

Ahora bien, del contenido de la referida Resolución No. TEL-676-30-CONATEL-2013 de 20 de diciembre de 2013, emitido por el ex Consejo Nacional de Telecomunicaciones y del Proyecto de normativa planteada, se desprende que la administración pretende cobrar los valores cuantificados por el Informe de Auditoría relacionado al período comprendido entre el 27 de agosto de 2008 hasta el 20 de diciembre de 2013 *"más los respectivos intereses legales, calculados desde el 27 de agosto de 2008 hasta la fecha efectiva de pago"*, cálculo que carece de toda lógica y



<sup>3</sup> Parraguez, Luis. Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Loja: 2016. p. 323.

<sup>4</sup> Alessandri, Arturo. Tratado de Derecho Civil. p. 231.

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



sustento legal, por cuanto la condición suspensiva planteada por la misma administración, es decir la expedición del procedimiento para la transferencia de los valores a la entidad oportunamente definida por el CONATEL, no se ha terminado hasta la presente fecha. Es evidente entonces, que el derecho de la administración para exigir el pago o la materialización de su atribución no se perfecciona hasta que dicho procedimiento sea emitido conforme los lineamientos determinados en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), lo cual consecuentemente ocasiona la obligación de CONECEL de realizar dichos pagos.

Es preciso destacar que para la generación de intereses sobre una obligación de esta naturaleza, es indispensable en primera instancia que la obligación como tal sea exigible al administrado y posteriormente que el administrado esté o sea declarado en mora por el incumplimiento de esa misma obligación, ambas situaciones que según hemos podido constatar no se han verificado hasta la presente fecha. El tratadista Ledesma Gil define a la mora "como el retardo culpable en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor"<sup>5</sup>, situación que bajo una óptica estrictamente civil de las obligaciones debe ser declarada o se constituye en función de las causales establecidas en el Código Civil ecuatoriano, a saber: "1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora (...)"<sup>6</sup>.

Una vez esclarecido el procedimiento para la constitución en mora del deudor en el ámbito civil, es indispensable ahora determinar el mecanismo aplicable para tal efecto en el derecho administrativo, manteniéndose como *conditio sine qua non* la verificación de la exigibilidad de la obligación del administrado para con la administración. Según Dromi "la interpelación al cumplimiento (requerimiento) viene a ser el mecanismo constitutivo de la mora. Además, para que la mora adquiera relevancia jurídica, es indispensable que dicha interpelación haya sido, entre otras condiciones, categórica y oportuna (...)"<sup>7</sup>, lo cual en aplicación de la normativa del Código Civil referida en el párrafo precedente, ocurre una vez realizado el requerimiento, que en este caso se ve manifestado en la notificación con el auto de inicio de un proceso coactivo al administrado, competencia que ostenta la ARCOTEL, conforme lo estipulado en el numeral 19 del Artículo 144 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

En conclusión, toda vez que la ARCOTEL no ha requerido en ningún momento a CONECEL para el pago de los valores solicitados por dicha entidad, no se puede considerar, dentro de nuestro marco legal, que la compañía ha incurrido en mora en el cumplimiento de sus obligaciones y peor aún pretender que sobre estos valores se generen intereses en favor de la administración.

Ahora bien, quedando una vez claros que la obligación de transferir los valores correspondientes a saldos remanentes no reclamados por los abonados provenientes de recargas a favor del Estado no nació sino hasta la fecha de promulgación de expedición de la resolución TEL-676-30-CONATEL-2013 de 20 de diciembre de 2013, ratificado por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en el Registro Oficial (28 de febrero de 2015) según su disposición general tercera, y habiéndose establecido

<sup>5</sup> Ledesma, Jorge. Teoría General de las Obligaciones. Medellín: 2014. p. 533.

<sup>6</sup> Código Civil ecuatoriano. Art. 1567.

<sup>7</sup> Dromi, Roberto. Derecho Administrativo. Buenos Aires: 2004. p. 415.

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





también que para el cumplimiento de esta obligación era indispensable que la ARCOTEL dicte la normativa secundaria que posibilite su cumplimiento, toca analizar si cabría el cobro de intereses sobre estos valores, y desde cuándo.

Al respecto, el art. 1568 del Código Civil ecuatoriano reconoce el principio "*mora purga mora*" diciendo:

*"Art. 1568.- En contratos bilaterales ninguno de los contratantes esta en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte."*

El Código Civil regula a los intereses como frutos civiles, dentro de la accesión como forma de adquirir el dominio. La accesión se define diciendo:

*"Art. 659.- La accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella. Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles."*

A renglón seguido, se refiere a los frutos civiles, incluyendo en ellos a los "*intereses de capitales exigibles*", y establece que le pertenecen al dueño de la cosa de la que provienen, así:

*"Art. 663.- Se llaman frutos civiles los precios, pensiones o cánones de arrendamiento, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido."*

*Los frutos civiles se llaman pendientes mientras se deben; y percibidos, desde que se cobran."*

*Art. 664.- Los frutos civiles pertenecen también al dueño de la cosa de que provienen, de la misma manera y con la misma limitación que los naturales."*

En el presente caso, la "cosa" son los valores no utilizados por concepto de recargas, cuyos titulares según la Resolución TEL-01-01-CONATEL-2012, son los usuarios o abonados. El Estado es beneficiario subsidiario de ellos cuando no son reclamados en el plazo de noventa días desde que se da la causal de devolución solamente desde el 28 de febrero de 2015, cuando se promulgó la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Por esto y partiendo del hecho de que a la fecha resulta improcedente hablar de cualquier tipo de intereses al prevalecer una Mora Regulatoria en la emisión del procedimiento necesario para la ejecución de las transferencias, **mal podría el Estado pretender cobrar intereses a las operadoras sobre los valores de saldos remanentes no reclamados que fueron anteriores a la promulgación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en el Registro Oficial, pues antes de ella el Estado ni siquiera era titular, ni beneficiario, a ningún título, de dichos valores.**

Adicionalmente, debe considerarse que no todo incumplimiento da lugar a intereses, cuando estos no han sido convenidos, ni han sido legalmente establecidos. En el presente caso, ni la ley ni las resoluciones pertinentes del CONATEL han establecido que se deba intereses sobre estos valores, saltando a la vista que en el Proyecto de Resolución objeto de análisis no se cita ninguna base legal para el cobro de intereses.

En el informe anexo a dicho proyecto se menciona que el Criterio Jurídico No. ARCOTEL-CJDA-2017-29 de 20 de marzo de 2017 habría establecido que:



CONATEL 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



- *"De conformidad con lo previsto en el artículo 1567 del Código Civil el deudor está en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado y al amparo de lo establecido en el artículo 59 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en caso de retraso, se aplicará el interés correspondiente"*
- *La fecha para el pago de los intereses por la mora, está determinada por la fecha en la cual se dio el incumplimiento en los pagos respectivos, que de conformidad con el Criterio Jurídico No. ARCOTEL-CJDA-2017-0004 de 12 de enero de 2017 es desde el 27 de agosto de 2008 para CONECEL S.A., desde el 30 de noviembre de 2008 para OTECEL S.A. y desde el 12 de enero de 2012 para CNT-EP"*
- *La tasa de interés es aquella que estuvo establecida legalmente a la fecha de la falta de pago en la cual incurrió el administrado, esto es de conformidad con el art. 21 del Código Tributario"*
- *Si bien en principio el pago de interés por la mora debe ser sobre el monto y el período que debía pagarse sería mensual, sin embargo, de lo manifestado por las áreas que realizaron las consultas, se puede establecer que existen períodos en la auditoría efectuada por la ex Superintendencia de Telecomunicaciones en los cuales se ha determinado montos anuales, por lo que el cálculo del interés debería ser sobre los montos anuales conforme lo dispuesto en el artículo 92 del Código Tributario"*

Sin embargo, consideramos que la norma citada del Código Civil no está siendo debidamente aplicada. Esta norma se refiere al "término estipulado", es decir, proveniente de un acuerdo entre las partes (estipular), que no existe en el presente caso precisamente por tratarse de una disposición proveniente de la Ley. Así, se está confundiendo la naturaleza de la obligación para tratarla como una obligación contractual de plazo determinado, cuando en realidad, no se trata de una obligación contractual sino de una obligación legalmente establecida por la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

También, se confunde la naturaleza de la obligación al tratarla como una de plazo fijo en todo momento, cuando en realidad el plazo de 90 días fijado en la ley no estaba previsto con anterioridad a ella sino en la Resolución TEL-01-01-CONATEL-2012. La diferencia entre ambos momentos es que, no es sino a partir de la promulgación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que el Estado pasa a ser beneficiario subsidiario, en los casos de no reclamación de parte del usuario o abonado.

Con este antecedente y reiterando que no existe mora alguna por parte de mi Representada en ausencia del procedimiento de traslado de saldos al Estado que a la fecha sigue sin ser emitido por parte de su Autoridad, **es absolutamente improcedente calcular intereses por el monto total de los saldos no devueltos** desde la promulgación de la Resolución No. TEL-01-01-CONATEL-2012. Quedando claro que previo a la promulgación de la resolución No. TEL-676-30-CONATEL-2013 de 20 de diciembre de 2013, NO procede la apropiación de saldos por parte del Estado.

Adicionalmente y sin perjuicio de nuestros argumentos previamente expresados con relación a la Mora Regulatoria no imputable a mi Representada ante la ausencia del procedimiento necesario para el traslado de los montos al Estado, es también improcedente calcular intereses entre el período comprendido entre la promulgación de la Resolución TEL-01-01-CONATEL-2012 y la fecha de entrada en vigencia de la Ley

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





Orgánica de Telecomunicaciones, pues no existía entidad beneficiaria, ni pública ni privada, dispuesta por el CONATEL, por lo que el Estado no sería titular ni beneficiario de ellas, ni tampoco -en el caso no consentido de que se lo considerare como tal- tendría derecho a intereses porque era imposible para la operadora cumplir con la obligación.

En aplicación del principio que reza que nadie puede beneficiarse de su propio dolo o culpa -*nullum commodum capere potest ex sua injuria propria*-, mal podría el Estado por medio de ARCOTEL beneficiarse en forma de intereses de su propia omisión al no determinar la entidad beneficiaria según la resolución TEL-01-01-CONATEL-2012, y posteriormente, su propia omisión al no emitir la normativa secundaria indispensable como le mandaba a ARCOTEL la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Para el efecto, es necesario también analizar el concepto de "mora" en el cumplimiento de las obligaciones que prevé el artículo 1567 del Código Civil, previo a concluir que en este caso "el deudor" -las operadoras- están en mora.

La mora, entendida como el incumplimiento de una obligación o su cumplimiento tardío, requiere además un elemento subjetivo de imputabilidad -pues es posible de eximirse en caso de fuerza mayor o caso fortuito-, y un elemento formal, que es la constitución en mora del deudor, que en ciertos casos la ley puede dar por cumplido. Por esto, Ennecerus-Lehmann la define como "*retraso contrario a derecho en la prestación, por una causa imputable*".

Únicamente en las obligaciones a plazo cierto la sola expiración del plazo constituye en mora al deudor, como el aforismo romano sostiene "*días interpellat pro hómine*" (el día interpela al hombre". En cambio, en el caso de las obligaciones sin plazo, el requerimiento es necesario.

Según jurisprudencia vinculante de triple reiteración, en el orden jurídico ecuatoriano este requerimiento es la forma general de alcanzar la mora, y está constituido por la citación con una demanda:

*"SINTESIS.- Según el Art. 1594 CC, la mora se constituye: en el caso de términos contractuales prefijados, por el fenecimiento de aquellos, excepto en los casos que expresamente la ley exija el requerimiento; en el caso de obligaciones que por su naturaleza deben cumplirse dentro de cierto tiempo, por la preclusión de aquel; y, en los demás casos por la reconvención judicial que se produce con la citación con la demanda, siendo ésta la forma general de alcanzar la mora y los dos primeros las formas especiales. (Expediente 439, Registro Oficial 281, 9 de Marzo del 2001. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Jurisprudencia de triple reiteración, MODOS DE CONSTITUIR LA MORA. Resolución de Triple Reiteración 0, Recopilación 1999 de 1 de Enero de 1999.)*

En idéntica forma, la jurisprudencia de triple reiteración de la máxima Corte ecuatoriana ha establecido que la mora en las obligaciones unilaterales se constituye de la siguiente manera:

*"Entrando al análisis propuesto, en primer lugar, es necesario recordar la distinción entre obligaciones unilaterales y obligaciones bilaterales, categorías que si bien no se hallan expresamente consagradas en el Código Civil, sin embargo se ponen de manifiesto en diversas disposiciones legales, como en los artículos 1532, 1595, etc.,*



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



del Código Civil. Por regla general, en las obligaciones unilaterales el deudor se constituye en mora cuando: a) inobserva el deber de conducta dimanante del vínculo jurídico que le une con el acreedor, b) por causa que le es imputable; y, c) es judicialmente reconvenido por dicho acreedor (artículo 1594 numeral 3o. del Código Civil), ahora bien, esta "reconvencción judicial", en palabras del Código Civil, se produce cuando se perfecciona la citación con la demanda; al tenor de lo prevenido por el artículo 101, numeral 5o. del Código de Procedimiento Civil"(Fallos de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Ex-Corte Suprema de Justicia, resoluciones 20 - 99, publicada en el Registro Oficial No. 142 de 5 de marzo de 1999 y No. 133 - 99, publicada en el Registro Oficial No. 162 de 5 de abril de 1999)

En idéntico sentido, el profesor Guillermo Ospina Fernández citado por la ex Corte Suprema de Justicia en los fallos mencionados arriba, dice:

*"Para que el deudor quede constituido en mora y responda de los perjuicios ocasionados al acreedor, es también indispensable que este, mediante un acto formal que se denomina requerimiento o reconvencción, exija de aquel el cumplimiento de la obligación. Hasta entomices se considera que dicho acreedor no sufre perjuicio alguno por el retardo; su silencio se interpreta como la concesión tácita de un plazo de gracia para el cumplimiento de la obligación. Por el contrario, la reconvencción indica que el acreedor no está dispuesto a esperar más y sirve para notificarle al deudor que su retardo está ocasionándole perjuicios que, de continuar, comprometerán la responsabilidad de este..."; sin embargo, "Si entre el acreedor y el deudor se ha pactado término para el cumplimiento de la obligación, es de presumir que el primero necesita la satisfacción de su derecho a más tardar al vencimiento de aquel y que el segundo tiene conocimiento de tal circunstancia. Bien está, pues, que en este caso no se exija nueva reconvencción, porque el deudor ya está prevenido desde la celebración del contrato, de que si deja vencer el plazo sin cumplir, se hace responsable de los perjuicios consiguientes. El aforismo dies interpellat pro homine describe gráficamente este sistema de constitución en mora del deudor por el vencimiento del plazo estipulado, el que acogen, además de la nuestra, varias legislaciones modernas, tales la alemana, la italiana, etc. Pero, para evitar error muy frecuente, importa tener en cuenta que este principio no se aplica en el derecho colombiano a cualesquiera obligaciones a plazo, sino únicamente a aquellas que provienen de contrato, como claramente lo expresa el artículo 1608, ordinal 10 (artículo 1594 de nuestro Código Civil), al hablar del término estipulado. En consecuencia, si la obligación a plazo es extracontractual, y si proviene de un testamento, le es aplicable el ordinal 3o. del propio artículo, que preceptúa la reconvencción judicial. La razón de ser de esta restricción es clara: dicho está que el principio dies interpellat pro homine se funda en la presunción de que el deudor queda advertido desde la celebración del contrato de que debe cumplir su obligación a más tardar al vencimiento del plazo que él mismo ha convenido; y como es obvio, esta presunción no tiene cabida cuando la obligación se ha originado en acto en que dicho deudor no ha participado, como lo es el testamento de su causante, que le impone la carga de pagar un legado."*

Por su parte, el profesor chileno Arturo Alessandri Rodríguez enseña que:

*"Las circunstancias que deben concurrir para que el deudor esté constituido en mora, son las tres siguientes: 1o) Que haya un retardo por parte del deudor en el cumplimiento de la obligación; 2o) Que este retardo sea culpable... es decir, que el retardo provenga de un hecho del deudor, que sea culpable, esto es, que pueda*



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



imputarse a su culpa o dolo... 3o) Interpelación del acreedor al deudor. La interpelación es el acto por el cual el acreedor manifiesta al deudor que el incumplimiento de la obligación lo perjudica. Es el más esencial, de los elementos constitutivos de la mora, porque mientras él no se produzca, el deudor está simplemente retardado; mientras el acreedor no le signifique al deudor que su actitud le perjudica o le daña, no hay motivo para creer que el cumplimiento esté irrogando un perjuicio; puesto que el acreedor guarda silencio, hay sobrados motivos para creer que el acreedor tácitamente está autorizando al deudor para que persevere en el atraso... La interpelación puede ser contractual o extracontractual según que ella se haga al contraerse la obligación o posteriormente. Interpelación contractual es la que se hace mediante un convenio de las partes. Puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando el acreedor la hace expresamente, explícitamente, cuando en el contrato manifiesta su voluntad o su deseo que la obligación se cumpla en tal o cual oportunidad. La manera usual o corriente de hacer esta interpelación, según la ley, es señalando en el contrato un plazo para que el deudor cumpla su obligación. El señalamiento de un plazo importa una interpelación expresa y anticipada y el no cumplimiento de la obligación en ese plazo va a producir un perjuicio al acreedor. La interpelación contractual es tácita cuando se deduce de la naturaleza de la obligación, cuando sin necesidad de que las partes la estipulen expresamente, aparece del objeto mismo que las partes tienen en vista al contratar que la obligación no puede ser cumplida últimamente, sino dentro de cierto tiempo. En ambos casos, sea la interpelación contractual expresa o tácita, el deudor queda constituido en mora por el solo vencimiento del plazo sin que en él se haya cumplido la obligación. La interpelación extracontractual es la que proviene de un acto posterior del acreedor, por el cual manifiesta a su deudor que la inexecución le perjudica. En aquellos casos en que no ha habido una interpelación contractual, es cuando se necesita una interpelación extracontractual posterior a la obligación, porque sin declaración del acreedor que el incumplimiento le perjudica no hay mora, ya que la mora consiste en el retardo culpable en el cumplimiento de una obligación más allá de la época fijada por la manifestación de voluntad del acreedor<sup>8</sup>.

Pero además, es indispensable que concurra un elemento subjetivo, es decir, que el incumplimiento se dé por una causa imputable al deudor. La doctrina jurídica es unánime al admitir que existen ocasiones en que el incumplimiento de una obligación no puede ser imputable al deudor, porque éste se ve impedido a cumplir por causa de un acontecimiento que está fuera del dominio de su voluntad, que no ha podido prever o que aun previéndolo no ha podido evitar.

Así, el Código Civil define a la fuerza mayor y caso fortuito como eximentes de responsabilidad de la siguiente manera:

*"Art. 31.- Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto al que no es posible resistirse, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."*

Dos son las características que deben estar reunidas para que se produzca aquel eximente de responsabilidad: imprevisibilidad e irresistibilidad, como ha dicho la Corte Suprema (sentencia de casación 394-2001, primera sala de lo Civil y Mercantil, publicada en el R.O. del 28 de febrero de 2002).



<sup>8</sup> Alessandri, Arturo. Teoría de las obligaciones, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá - Colombia, 1983, Págs. 102 - 110.



En el Código, así como en la jurisprudencia, se cita un ejemplo de acto de autoridad constitutivo de caso fortuito. En la sentencia mencionada, se cita como ejemplo de caso fortuito el caso en que "... se prohíbe realizar la ejecución de la proyectada obra por sobrevenir una expropiación parcial o total del fondo respectivo".

La doctrina es también uniforme al considerar a los actos de autoridad como caso fortuito o fuerza mayor. Los diversos tratadistas como Bonnacase, García Goyena, Henri León Mazeaud y André Tunc también son acordes al distinguir tres categorías de acontecimientos constitutivos del caso fortuito o de fuerza mayor, según provengan de sucesos de la naturaleza, de hechos del hombre o de actos de la autoridad; sea que el acontecimiento proceda de cualquiera de esas fuentes y, por ello, provoque la imposibilidad física del deudor para cumplir la obligación, lo que traerá como lógica consecuencia que no incurra en mora y no pueda considerársele culpable de la falta de cumplimiento con la correspondiente responsabilidad de índole civil, dado que a lo imposible nadie está obligado.

En este caso, el cumplimiento de la obligación es un hecho imposible hasta que ARCOTEL no emita la normativa secundaria indispensable, y antes de ello, porque el CONATEL nunca determinó la entidad beneficiaria en caso de que los usuarios o abonados no hubieren reclamado dentro del plazo de noventa días.

Sobre los hechos imposibles, el Código Civil menciona:

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

Así, en el presente caso se requería necesariamente de un acto de autoridad -dictar el procedimiento correspondiente- para poder cumplir con la obligación dispuesta por la LOT, acto que no existió ni existe hasta la fecha.

A consecuencia de esto, no cabe en derecho que se exija el cobro de intereses previo a la emisión de la normativa secundaria que permita dar cumplimiento a la disposición general tercera de la LOT, ni mucho menos, cobrar intereses previo a la promulgación de la misma, debido a que no se puede cobrar intereses sobre una obligación que no había nacido antes de la expedición de la LOT en febrero de 2015.

Finalmente, cabe decir que tampoco consideramos correcta la aplicación del artículo 21 del Código Tributario, ni del artículo 59 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en la forma que se ha interpretado en el Informe aparejado al proyecto de Resolución, citando al Criterio Jurídico No. ARCOTEL-CJDA-2017-29 de 20 de marzo de 2017.

Esto debido a que el artículo 21 del Código Tributario se refiere a obligaciones cuyo tiempo esté establecido en una ley, y se cuentan desde la fecha de su exigibilidad y hasta su extinción, así:

**Art. 21.- Intereses a cargo del sujeto pasivo.-** *La obligación tributaria que no fuera satisfecha en el tiempo que la ley establece, causará a favor del respectivo sujeto activo y sin necesidad de resolución administrativa alguna, el interés anual equivalente a 1.5 veces la tasa activa referencial para noventa días establecida por el Banco Central del Ecuador, desde la fecha de su exigibilidad hasta la de su extinción. Este interés se calculará de acuerdo con las tasas de interés aplicables a cada período*



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



trimestral que dure la mora por cada mes de retraso sin lugar a liquidaciones diarias; la fracción de mes se liquidará como mes completo.

*Este sistema de cobro de intereses se aplicará también para todas las obligaciones en mora que se generen en la ley a favor de instituciones del Estado, excluyendo las instituciones financieras, así como para los casos de mora patronal ante el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.*

En el presente caso, el Proyecto normativo en cuestión pretende aplicar esta norma incluso con carácter retroactivo para contabilizar intereses desde el año 2008, antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Evidentemente -sin perjuicio de que hemos ya expuesto que la obligación no existió sino con la entrada en vigencia de la Ley y cuya ejecución está sujeta a la emisión del procedimiento correspondiente - mal podría aplicarse este artículo a tiempos establecidos en resolución y no en ley, como sería el caso de la Resolución TEL-01-01-CONATEL-2012.

En concordancia, el artículo 59 del Reglamento General a la LOT, en lo pertinente dispone que:

*"Art. 59.- Consideraciones generales de las obligaciones de los prestadores de servicios.- Para el cumplimiento de las obligaciones de los prestadores de servicios, previstas en la LOT, se considerará lo siguiente: (...)*

*9. Los prestadores de servicios del régimen general de telecomunicaciones deberán pagar, en los plazos establecidos, sus obligaciones económicas tales como: los valores de concesión, registro de servicios, permiso, tarifas, tasas, contribuciones, pagos por concentración de mercado u otras que correspondan, de conformidad con las facturas que emita la ARCOTEL. En caso de retraso, se aplicará el interés legal correspondiente; sin perjuicio de las acciones de cobro respectivas."*

En el presente caso, no existen ni hubieran podido existir Facturas ni otro tipo de títulos de cobro emitidos por ARCOTEL, debido a que ésta no ha emitido la normativa secundaria indispensable para el efecto al encontrarse en una Mora Regulatoria que de ninguna manera es imputable a mi Representada. Por tanto, en ausencia de título, no cabe el cobro de intereses.

En concordancia, el Contrato de Concesión también se refiere a la necesidad de una "solicitud de pago" de parte de ARCOTEL (Anteriormente SENATEL), sobre la contabilización de intereses diciendo:

*"CLAUSULA VEINTE.- (...)Veinte punto dos.- Los valores adeudados a la SENATEL por parte de la Sociedad Concesionaria y que no fueron cancelados dentro de los Plazos o Términos establecidos en las correspondientes solicitudes de pago, causarán intereses de conformidad a lo previsto en el Código Tributario, desde la fecha del incumplimiento hasta la fecha efectiva de pago (...)"*

La solicitud referida tampoco ha existido hasta la fecha, por cuanto no existe aún la normativa secundaria indispensable.

#### **4. Devolución de saldos desde antes de la expedición de la resolución de devolución de saldos que es la del 2012.**

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





En lo que respecta a la aplicación retroactiva de la Resolución No. TEL-676-30-CONATEL-2013 de 20 de diciembre de 2013, del ex Consejo Nacional de Telecomunicaciones, donde se establece que para la devolución de los saldos se deberá calcular en el caso de CONECEL aquellos saldos pendientes y no devueltos a los abonados o clientes en el periodo comprendido entre el 27 de agosto de 2008 hasta la fecha de entrada en vigencia de esa resolución, debemos remitirnos a uno de los principios básicos imperantes en nuestro ordenamiento jurídico, que es el de la **irretroactividad de la ley**.

El Artículo 7 de Código Civil Ecuatoriano dispone de manera clara y categórica que, "La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo".

Siguiendo el mismo lineamiento que la normativa vigente, la Corte Nacional de Justicia ha resaltado y afirmado sobre la vigencia y aplicación de la ley en razón del tiempo que:

*"La promulgación y publicación son solemnidades sustanciales de la ley, y su publicación en el periódico oficial del Estado permite razonablemente presumir que una ley es conocida; con su nacimiento la ley está vigente, es decir rige, produce efectos jurídicos. Si se dan hechos o actos jurídicos es lógico pensar que a estos debe aplicarse la ley vigente, pero si mientras se desarrollan las 3 consecuencias o resultados de estos se modifica la ley o se expide una nueva ¿cuál será aplicable? A quienes defienden la retroactividad, esto es, que la nueva ley regula aquellos actos y hechos o situaciones jurídicas ocurridas con anterioridad a que esta ley entrara en vigencia, se les critica unánimemente, pues, si se aceptara como principio general el de la retroactividad, se vulneraría a la seguridad jurídica que es uno de los principales valores y fines del Derecho; en la convivencia social reinaría la incertidumbre, nadie sabría a qué atenerse pues las situaciones jurídicas de hoy podrían cambiar al dictarse una nueva ley el día de mañana, provocándose una suerte de inestabilidad jurídica. Por lo que, es natural que los ordenamientos jurídicos modernos consagren a la irretroactividad como una regla general (...)"*<sup>9</sup> (subrayado y negritas son nuestros).

Asimismo, el Artículo 82 de la Carta Magna dicta que, "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" (subrayado es nuestro).

En caso de requerir a CONECEL el pago por saldos pendientes y no devueltos a los abonados o clientes en el periodo comprendido entre el 27 de agosto de 2008 hasta la fecha de entrada en vigencia de la resolución en cuestión, es decir el 20 de diciembre de 2013, se estaría violando de manera expresa lo establecido en la Constitución de la República y demás normativa vigente, pues aplica una normativa que no se encontraba en vigencia al momento de que dichos saldos fueran generados por la relación comercial existente entre la compañía y sus abonados y clientes.

El criterio de la irretroactividad de la norma ha sido acogido de igual manera en diversos fallos por la Corte Constitucional del Ecuador, la cual determinó que:



<sup>9</sup> Ex Sala de Lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia (2008), 10-IX-2010, Resolución 311-2010.



(...) la seguridad jurídica lleva implícito el principio de legalidad, y es bajo este principio, y como una de las características que tiene la ley, que nace el principio de la irretroactividad de la misma, es decir que ésta no debe tener efectos retroactivos; sus efectos solo operan después de la fecha de su promulgación. (IV.18)<sup>10</sup>

Este razonamiento ha sido reafirmado por esta Corte al dictaminar que:

**“La aplicación de una norma a un acto anterior a su creación y promulgación atenta contra la seguridad jurídica y por lo tanto contraviene la Constitución de la República. (...) El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respecto a la Constitución y en la existencia de normas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. (II, 19)”<sup>11</sup>.**

Finalmente, esta misma Corte, en aplicación e interpretación de la Carta Política declaró que,

**“Uno de los principios más elementales que guían la aplicación de la ley es su irretroactividad, que significa que ésta sólo rige para lo venidero, y sus efectos solo operan después de la fecha de su promulgación. Desde los canonistas antiguos, como Pedro Lombardo, se consideraba que para que una ley fuese retroactiva, debía tener unas razones muy especiales que ameritaran tal efecto extraordinario. La irretroactividad nace en el derecho romano y se extiende luego por el mundo, convirtiéndose en un principio de aplicación de la ley aceptado universalmente; es decir, válido en todos los tiempos y en todos los lugares como lo es la República del Ecuador. En este sentido, resulta indispensable que las decisiones de los actores políticos de un verdadero Estado constitucional de derechos y justicia, como define el artículo 1 de la Constitución de la República a nuestro país, se tomen según el sentido lógico de la norma y no según la lógica de la discrecionalidad. (II, 17)”<sup>12</sup> (subrayado es nuestro).**

Conforme queda demostrado en lo manifestado anteriormente, **CONATEL habría aplicado de manera retroactiva la Resolución No. TEL-676-30-CONATEL-2013 de 20 de diciembre de 2013**, con el objetivo de cobrar a CONECEL valores que al momento de haberse generado no correspondían a dicha entidad. Consecuentemente **la actuación de la administración vulnera de forma expresa el principio de irretroactividad de la ley y el principio de seguridad jurídica, ambos amparados y garantizados por la Constitución de la República del Ecuador y por nuestro ordenamiento jurídico.**

5. **Acerca de la necesidad de incluir expresamente una referencia a la aplicación de mecanismos de compensación de obligaciones en el procedimiento y de la necesidad de restar los valores ya compensados de los valores a transferir.**

El Proyecto de procedimiento objeto de análisis ha omitido incluir una referencia que permita a los operadores de SMA, recuperar valores pendientes de pago de parte de los clientes en cualquier servicio de telecomunicaciones, a través de la correspondiente compensación de valores con saldos pendientes a devolver de los clientes, sin que para ello opere la aprobación previa del cliente; precautelando de esta



<sup>10</sup> Corte Constitucional, 8-IV-2010. Ratio 007-10-SCN-CC.

<sup>11</sup> Corte Constitucional, 23-IX-2010. Ratio 026-10-SCN-CC.

<sup>12</sup> Corte Constitucional, 23-IX-2010. Ratio 026-10-SCN-CC.

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



forma los derechos que tienen las operadoras de recibir los pagos de servicios efectivamente prestados.

La compensación es una forma de extinguir las obligaciones reconocida por nuestra legislación en el artículo 1583 del Código Civil, que opera por el ministerio de la ley según el artículo 1672 del mismo Código, sin necesidad de aceptación ni autorización de un tercero.

La compensación como forma de extinción de obligaciones que garantiza la eficiencia dentro de varios vínculos obligacionales porque mejora la situación de dos personas que están en las mismas condiciones y evita costos de transacción innecesarios, siendo por lo tanto un mecanismo eficiente y que beneficia al usuario por medio de la neutralización de dos obligaciones recíprocas.

De conformidad con el artículo 1672 del Código Civil, la compensación opera por el solo ministerio de la ley, sin requerirse siquiera la aceptación de los mutuos deudores. Así:

*Art. 1672.- La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente en sus respectivos valores, desde que una y otra reúnen las calidades siguientes:*

- 1. Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas, de igual género y calidad;*
- 2. Que ambas deudas sean líquidas; y,*
- 3. Que ambas sean actualmente exigibles.*

*Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor.*

Si bien el sector de las telecomunicaciones es un sector estratégico concesionado en virtud del artículo 313 y 316 de la Constitución, la relación contractual entre el operador del Servicio Móvil Avanzado y sus abonados es de derecho privado, protegida por el derecho constitucional a la libertad de contratación reconocido en el artículo 66 de la Constitución y el principio de la autonomía de la voluntad.

Así, si bien el contenido de estos contratos y acuerdos se encuentra regulado, no se encuentra sustraído del ámbito del derecho privado, por lo cual es aplicable el artículo 8 del Código Civil, dispone que:

*Art. 8.- A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley.*

Lo dicho acerca de la compensación como medio de extinción de obligaciones, va de la mano con el derecho que tienen los prestadores de servicios de telecomunicaciones para elegir libremente los mecanismos para gestionar su actividad comercial y recibir el pago por parte de los abonados, clientes y usuarios por la prestación de servicios.

Esto faculta a los operadores a establecer mecanismos de compensación de obligaciones que no se encuentran prohibidos por la ley. Así, el artículo 25 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, dice:

*Art. 25.- Derechos de los prestadores de servicios de telecomunicaciones.*

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





Son derechos de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, con independencia del título habilitante del cual se derive tal carácter, los siguientes:

1. Recibir el pago oportuno por parte de los abonados, clientes y usuarios por la prestación de los servicios, de conformidad con el contrato respectivo.

En concordancia, el artículo 58 numeral 3 del Reglamento General a la Ley de Telecomunicaciones, dice:

*Art. 58.- Consideraciones generales de los derechos de los prestadores de servicios.- Para el ejercicio de los derechos de los prestadores de servicios establecidos en la LOT, se considerará lo siguiente:*

*3. Los prestadores de servicios tienen el derecho a elegir los mecanismos de gestión comercial, incluida la venta y distribución de los servicios, a través de terceros mediante la modalidad de reventa y acorde a la normativa jurídica aplicable.*

Estos principios son también recogidos en el Reglamento de Abonados dictado por CONATEL, actualmente vigente, en su artículo 27 que reconoce expresamente que el derecho del operador a recibir el pago oportuno de parte de los abonados, clientes y usuarios, está sujeto a las modalidades de pago que convengan las partes, siendo la compensación una de ellas, así:

*Art. 27.- Derechos de los prestadores.-*

*27.1 Recibir el pago oportuno de parte de los abonados/clientes-usuarios, por la prestación de los servicios contratados y prestados, conforme las modalidades de pago convenidas por las partes.*

Sin embargo, para mejor aplicación de estos derechos y principios, es conveniente que en el Proyecto se incluya una referencia expresa a la posibilidad de compensar obligaciones entre valores por saldos remanentes, y valores que los usuarios o clientes adeudaren a las operadoras, por concepto de cualquiera de los servicios que éstas, como personas jurídicas, prestan.

Al facilitarse un mecanismo de compensación y devolución como el indicado, que no se encuentra prohibido en norma alguna y que opera por el ministerio de la ley, se favorece a los derechos de los usuarios permitiéndoles hacer uso de los valores correspondientes a saldos remanentes no devueltos, así como ahorrando al usuario costos de transacción y trámites.

Estos valores, por lógica, deberían ser restados de cualquier transferencia que por concepto de no reclamación de valores correspondientes a saldos remanentes, debiere hacerse a favor del Estado, sin perjuicio de las objeciones a la existencia del derecho que hemos hecho en los apartados anteriores.

## II. PETICIÓN.

Por los antecedentes expuestos, solicitamos comedidamente que en el Proyecto de Resolución que contendría el "**PROCEDIMIENTO PARA EJECUTAR LA TRASFERENCIA AL ESTADO, DE SALDOS REMANENTES DE RECARGAS EN LOS PLANES TARIFARIOS (PREPAGO Y POSPAGO) DE LOS ABONADOS Y CLIENTES DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO QUE NO HAN SOLICITADO SU DEVOLUCIÓN, EN APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN**

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





**GENERAL TERCERA DE LA LEY ORGANICA DE TELECOMUNICACIONES"** se realicen los siguientes cambios:

1. Que se elimine del Art. 2 y en general de todo el proyecto la disposición de pago de intereses.
2. Se elimine del procedimiento que la obligatoriedad de devolución es a partir del 12 de enero de 2012 y no antes de esta fecha; muy a pesar de que la obligatoriedad legal, debería operar a partir de diciembre 2013.
3. Se elimine la disposición transitoria primera, pues establece que los valores a transferir a ARCOTEL, en lo atinente a CONECEL, se calcularían desde el 27 de agosto de 2008, con intereses. Adicional a lo cual, se indica una obligación adicional de desagregación de información mensual que ya se cumple con la entrega de reportes en el formulario 2.1.4.A; por tanto es información que ARCOTEL tiene acceso y puede procesarla.
4. Se elimine de la disposición transitoria segunda, el cálculo de intereses por cuanto establece como valores a transferir a ARCOTEL, valores calculados desde el 21 de diciembre de 2013, más intereses.
5. Se elimine la disposición transitoria tercera, todo lo inherente al cobro de intereses, y se especifique puntualmente que el período a devolver es a partir de la vigencia de la Resolución TEL-01-01-2012. Es necesario que la el plazo de transferencia con el que contarán los operadores de SMA, sea de al menos 10 días hábiles.
6. Se elimine el artículo 5, debido a que en él se traslada a los operadores el costo de las actividades de auditoría y control que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones faculta a ARCOTEL. Los operadores no tienen obligación de costear dichas actividades propias de las competencias de la entidad.
7. En el Procedimiento que llegare a dictarse, sugerimos se incluya expresamente que las operadoras podrán efectuar sin solicitud o consentimiento previo del cliente, compensaciones de valores a los usuarios, entre los valores que éstas debieran reintegrar a los clientes o usuarios por concepto de saldos remanentes, y obligaciones pendientes que los clientes o usuarios tuvieran para con las operadoras.
8. Que a más de las observaciones realizadas por el presente oficio, se consideren también las consignadas en el cuadro adjunto.

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

Muy atentamente,

**Víctor García Talavera**  
Director Regulatorio



*Adjunto: Observaciones Individuales a cada Artículo*

*...// pfc/dkc*

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

PROYECTO DE RESOLUCION	OBSERVACIONES, COMENTARIOS, SUGERENCIAS DE CONECEL	PROPUESTA DE REFORMA DE CONECEL
<p>Artículo 2.- La transferencia de los valores señalados en el artículo precedente tendrá una periodicidad mensual; para tal efecto, dentro de los primeros quince (15) días calendario de cada mes, los prestadores del servicio móvil avanzado consignarán la información que consta en el formulario 2.1.4.A establecido en aplicación de la Resolución TEL-052-02-CONATEL-2012, sin necesidad de notificación por parte de la ARCOTEL, y conforme las disposiciones y condiciones que para tal fin emita la ARCOTEL, realizarán el pago correspondiente dentro de dicho plazo.</p>	<p>se debe establecer en esta resolución claramente el proceso que se debe seguir y no esperar una segunda resolución que lo norme</p>	<p>Artículo 2.- La transferencia de los valores señalados en el artículo precedente tendrá una periodicidad mensual. Para tal efecto, dentro de los primeros quince (15) días calendario de cada mes, los prestadores del servicio móvil avanzado consignarán la información que consta en el formulario 2.1.4.A establecido en aplicación de la Resolución TEL-052-02-CONATEL-2012, sin necesidad de notificación por parte de la ARCOTEL, y conforme las disposiciones y condiciones que para tal fin emita la ARCOTEL. Una vez consignado el reporte señalado, los prestadores de servicio móvil avanzado tendrán 10 días hábiles para realizar el pago correspondiente.</p>
<p>Artículo 3.- La transferencia económica que no fuere satisfecha por el prestador del servicio en el tiempo que establece la presente Resolución, causará a favor de la ARCOTEL y sin necesidad de resolución administrativa alguna, el pago de interés, el que será calculado conforme lo establece el artículo 21 del Código Tributario vigente, desde la fecha en que debió realizarse el pago hasta la fecha efectiva del pago. En el caso de que la transferencia no se realice en el término señalado, o que la misma se realice en forma parcial o con posterioridad a la fecha máxima de pago, la ARCOTEL en cualquier caso, procederá con la reliquidación y cobro que corresponda.</p>	<p>No aplica usar la denominación "pago", puesto que no corresponde a una tasa, impuesto o contribución; esto es una mera transferencia de valores privados --saldos de clientes-- al Estado.</p> <p>Debe quedar claro que en caso de un proceso de reliquidación no aplica intereses, puesto que al momento de generarse la transferencia de valores, la operadora lo realizó en base al movimiento que los clientes hayan realizado para</p>	<p>Artículo 3.- La transferencia económica que no fuere satisfecha por el prestador del servicio en el tiempo que establece la presente Resolución, causará a favor de la ARCOTEL y sin necesidad de resolución administrativa alguna, el pago de interés, el que será calculado conforme lo establece el artículo 21 del Código Tributario vigente, desde la fecha en que debió realizarse la transferencia hasta la fecha efectiva de la misma. En el caso de que la transferencia no se realice en el término señalado, o que la misma se realice con posterioridad a la fecha máxima de pago, la ARCOTEL en cualquier caso, procederá con la reliquidación y cobro que corresponda.</p>
<p>Artículo 4.- En caso de incumplimiento, la ARCOTEL podrá ejecutar las garantías de fiel cumplimiento, o efectuar la recaudación a través de la vía coactiva; sin perjuicio de notificar al Organismo Desconcentrado competente de la ARCOTEL, a fin de que inicie el correspondiente procedimiento administrativo sancionador.</p>	<p>La ejecución de la garantía de fiel cumplimiento no aplica, puesto que esto garantizan los pagos por concesión y obligaciones derivadas del contrato de concesión.</p>	<p>Artículo 4.- En caso de incumplimiento, la ARCOTEL podrá efectuar la recaudación a través de la vía coactiva.</p>
<p>Artículo 5.- Conforme sus atribuciones y competencias, la ARCOTEL podrá disponer y realizar, a costo del prestador del servicio, auditorías y reliquidaciones respecto de la información presentada y los pagos realizados en aplicación del presente procedimiento.</p>	<p>No aplica que las auditorías sean a costo de las operadoras. La auditorías son entera responsabilidad de ARCOTEL, en base a sus funciones y atribuciones.</p>	<p>Artículo 5.- Conforme sus atribuciones y competencias, la ARCOTEL podrá disponer y realizar, auditorías y reliquidaciones respecto de la información presentada y los pagos realizados en aplicación del presente procedimiento.</p>
DISPOSICIONES TRANSITORIAS		
<p>Primera- Las operadoras Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. (Conecel), OTECEL S.A. y Corporación Nacional de Telecomunicaciones - CNT EP, transferirán a la ARCOTEL los saldos remanentes de los abonados o clientes, provenientes de recargas, cuya devolución a los abonados/clientes no fue realizada y que corresponden a los señalados en los resultados de las auditorías realizadas por la ex Superintendencia de Telecomunicaciones y la ARCOTEL, de acuerdo al siguiente detalle:</p>	<p>Eliminar. No aplica devolución ded saldos antes de la normativa TEL-01-01-CONATEL-2012.</p> <p>consideramos improcedentes estas disposiciones debido a que establecen la existencia de una obligación de CONECEL S.A. hacia el Estado Ecuatoriano desde fechas en las que la obligación de ejecutar el proceso de traslado no existía, debido a que era de cumplimiento imposible, pues necesariamente requería de una acción normativa de parte de ARCOTEL, que no ha existido hasta la fecha.</p> <p>En primer lugar, debemos analizar si efectivamente existe una obligación de CONECEL a realizar la transferencia al Estado Ecuatoriano, de saldos remanentes de recargas en los planes tarifarios (prepago y pospago) de los abonados y clientes del servicio móvil avanzado que no han solicitado su devolución, en aplicación de la disposición general tercera de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (en adelante, "saldos remanentes") y desde qué fecha existiría esta obligación.</p> <p>Al respecto, es necesario mencionar que el Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado y del Servicio Telefónico de Larga Distancia Internacional (en adelante, el Contrato de Concesión) establece únicamente lo siguiente:</p> <p>"Cuarenta y uno punto cuatro.- A más de los Planes Tarifarios que se establezcan conforme al numeral cuarenta y cuatro punto dos (44.2), los usuarios tienen derecho a disponer de Planes Tarifarios que consideren la acumulación de saldos no utilizados, por lo cual la Sociedad Concesionaria está obligada a crearlos en el Plazo de setenta (70) días. La acumulación de saldo es obligatoria en prepago, y tanto en pospago como en prepago, se aplicará mientras la línea se encuentre catalogada como activa" (el resaltado es nuestro)</p> <p>De la lectura de esta provisión contractual, se aprecia que la obligación establecida se refiere a la creación de una oferta comercial que incluya la acumulación de saldos, estableciéndose su obligatoriedad únicamente en el caso de la oferta prepago. La acumulación de saldos en pospago no es obligatoria, pero en caso de incluirse, aplica en ambas modalidades siempre y cuando la línea correspondiente se encuentre catalogada como activa.</p> <p>En esta cláusula nada se dice de la transferencia al Estado como contraparte en aquellos casos en que los usuarios no hubieren solicitado dicha devolución. Por esto, no se puede tomar como fecha de nacimiento de una obligación general de acumulación de saldos remanentes y de trasferencia al Estado de los mismos, la fecha de suscripción del Contrato de Concesión. A dicha fecha, no existía siquiera mención al tema, ni una mera expectativa de parte del Estado a recaudar estos valores, más aún cuando la práctica</p>	<p>ELIMINAR TRANSITORIA POR COMPLETO</p>

PROYECTO DE RESOLUCION			OBSERVACIONES, COMENTARIOS, SUGERENCIAS DE CONECEL	PROPUESTA DE REFORMA DE CONECEL
OPERADOR	PERIODO DE AUDITORIA	MONTO		
CONECEL S.A.	27 de agosto de 2008 hasta el 20 de diciembre de 2013.	Los valores a transferir a la ARCOTEL, son los que constan como resultado de las Auditorías efectuadas por la ex SUPERTEL y la ARCOTEL, más los respectivos intereses legales, calculados desde el 27 de agosto de 2008 hasta la fecha efectiva de pago.	Eliminar. No aplica devolución de saldos antes de la normativa TEL-01-01-CONATEL-2012.	
OTECEL S.A.	30 de noviembre de 2008 hasta el 20 de diciembre de 2013.	Los valores a transferir a la ARCOTEL, que son los que constan como el resultado de las Auditorías efectuadas por la ex SUPERTEL y la ARCOTEL, más los respectivos intereses legales, calculados desde el 30 de noviembre de 2008 hasta la fecha efectiva de pago.	consideramos improcedentes estas disposiciones debido a que establecen la existencia de una obligación de CONECEL S.A. hacia el Estado Ecuatoriano desde fechas en las que la obligación de ejecutar el proceso de traslado no existía, debido a que era de cumplimiento imposible, pues necesariamente requería de una acción normativa de parte de ARCOTEL, que no ha existido hasta la fecha. En primer lugar, debemos analizar si efectivamente existe una obligación de CONECEL a realizar la transferencia al Estado Ecuatoriano, de saldos remanentes de recargas en los planes tarifarios (prepago y pospago) de los abonados y clientes del servicio móvil avanzado que no han solicitado su devolución, en aplicación de la disposición general tercera de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (en adelante, "saldos remanentes") y desde qué fecha existiría esta obligación.	
CNT EP.	12 de enero de 2012 hasta el 20 de diciembre de 2013.	Los valores a transferir a la ARCOTEL, que son los que constan como el resultado de las Auditorías efectuadas por la ex SUPERTEL y la ARCOTEL, más los respectivos intereses legales, calculados desde el 12 de enero de 2012 hasta la fecha efectiva de pago.	Eliminar. No aplica devolución de saldos antes de la normativa TEL-01-01-CONATEL-2012.	
<p>Para la aplicación de esta Disposición, la ARCOTEL notificará a los prestadores los valores mensuales de los saldos remanentes de los abonados o clientes, provenientes de recargas cuya devolución no fue realizada, para cada mes del período comprendido en la auditoría correspondiente, así como el valor de intereses correspondiente a pagar.</p> <p>En caso de que la información disponible no tenga desglose mensual, el prestador del servicio deberá remitir en un plazo de treinta (30) días contados a partir de la notificación de la ARCOTEL, un desglose mensual de valores, con los respaldos pertinentes; en caso de no remitir dicha información, la ARCOTEL establecerá y notificará al prestador los valores mensuales de los saldos remanentes de los abonados o clientes, provenientes de recargas cuya devolución no fue realizada, para cada mes del período comprendido en la auditoría correspondiente, así como el valor de intereses correspondiente a pagar.</p>			<p>consideramos improcedentes estas disposiciones debido a que establecen la existencia de una obligación de CONECEL S.A. hacia el Estado Ecuatoriano desde fechas en las que la obligación de ejecutar el proceso de traslado no existía, debido a que era de cumplimiento imposible, pues necesariamente requería de una acción normativa de parte de ARCOTEL, que no ha existido hasta la fecha.</p> <p>En primer lugar, debemos analizar si efectivamente existe una obligación de CONECEL a realizar la transferencia al Estado Ecuatoriano, de saldos remanentes de recargas en los planes tarifarios (prepago y pospago) de los abonados y clientes del servicio móvil avanzado que no han solicitado su devolución, en aplicación de la disposición general tercera de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (en adelante, "saldos remanentes") y desde qué fecha existiría esta obligación.</p> <p>Al respecto, es necesario mencionar que el Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado y del Servicio Telefónico de Larga Distancia Internacional (en adelante, el Contrato de Concesión) establece únicamente lo siguiente:</p> <p>"Cuarenta y uno punto cuatro.- A más de los Planes Tarifarios que se establezcan conforme al numeral cuarenta y cuatro punto dos (44.2), los usuarios tienen derecho a disponer de Planes Tarifarios que consideren la acumulación de saldos no utilizados, por lo cual la Sociedad Concesionaria está obligada a crearlos en el Plazo de setenta (70) días. La acumulación de saldo es obligatoria en prepago, y tanto en pospago como en prepago, se aplicará mientras la línea se encuentre catalogada como activa" (el resaltado es nuestro)</p> <p>De la lectura de esta provisión contractual, se aprecia que la obligación establecida se refiere a la creación de una oferta comercial que incluya la acumulación de saldos, estableciéndose su obligatoriedad únicamente en el caso de la oferta prepago. La acumulación de saldos en pospago no es obligatoria, pero en caso de incluirse, aplica en ambas modalidades siempre y cuando la línea correspondiente se encuentre catalogada como activa.</p> <p>En esta cláusula nada se dice de la transferencia al Estado como contraparte en aquellos casos en que los usuarios no hubieren solicitado dicha devolución. Por esto, no se puede tomar como fecha de nacimiento de una obligación general de acumulación de saldos remanentes y de transferencia al Estado de los mismos, la fecha de suscripción del Contrato de Concesión. A dicha fecha, no existía siquiera mención al tema, ni una mera expectativa de parte del Estado a recaudar estos valores, más aún cuando la práctica</p>	[propuesta de reforma]

PROYECTO DE RESOLUCIÓN	OBSERVACIONES, COMENTARIOS, SUGERENCIAS DE CONECEL	PROPUESTA DE REFORMA DE CONECEL
<p>Segunda.- Para el período comprendido desde 21 de diciembre de 2013 hasta la entrada en vigencia de la presente resolución, los prestadoras CONECEL S.A., OTECEL S.A. y CNT EP pagarán a la ARCOTEL los montos que corresponden a los valores resultantes de la información reportada mensualmente por el prestador en el formato de reporte 2.1.4.A establecido en aplicación de la Resolución TEL-052-02-CONATEL-2012 de 25 de enero de 2012, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.</p>	<p><b>ELIMINAR DISPOSICIÓN DE INTERESES</b></p> <p>debemos analizar si para su cumplimiento era indispensable una acción positiva de parte del Estado Ecuatoriano, ahora, en calidad de beneficiario subsidiario de estos valores que inicialmente debieron reclamar los usuarios o abonados como titulares.</p> <p>Al respecto, debe tenerse presente que no sólo la Disposición Transitoria Quinta de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sino también el Art. 5 de la Resolución No. TEL-676-30-CONATEL-2013, establecieron la obligación de ARCOTEL de dictar la normativa y procedimientos pertinentes para la aplicación de la entonces nueva Ley de Telecomunicaciones, incluyendo entre ellas, la normativa referente al procedimiento de transferencia al Presupuesto General del Estado de los valores correspondientes a saldos remanentes no reclamados por los abonados.</p> <p>Por parte de CONECEL, en sendas comunicaciones, puntualmente en la cursadas a la entonces SENATEL y SUPERTEL mediante oficio GR-0140-2014 de fecha 23 de enero de 2014, en cumplimiento a la Resolución TEL-676-30-CONATEL-2013, puntualmente se solicitó que: "Conforme al artículo 5 de la referida Resolución, los abonados/clientes del SMA podrán solicitar la devolución de sus saldos remanentes provenientes de sus recargas dentro del plazo de 90 días contados a partir de la fecha en que se haya generado la causal de devolución, y si no lo realizan en dicho plazo las operadoras del SMA deberán transferir los saldos remanentes ni reclamados a la entidad y bajo el procedimiento que el CONATEL designe. Al respecto solicitamos nos indique una fecha tentativa en la que el CONATEL definirá el procedimiento a seguir respecto de los saldos remanentes no reclamados." (Lo subrayado me pertenece). Como se puede observar, CONECEL ya en enero de 2014, solicitó que nos indique el procedimiento y por tanto la entidad a la cual se debe transferir, sin que haya existido respuesta alguna de parte de la autoridad. En consecuencia, hasta que dicha normativa secundaria no hubiere sido emitida, mal podían las operadoras cumplir con la disposición reglamentaria y legal, siendo aplicable el principio "mora purga mora", que si bien es originario del derecho civil, es aplicable también en materia administrativa y de contratos suscritos por el Estado con los privados, pues la omisión de dictar dicha normativa secundaria impide de facto que la operadora pueda cumplir con la obligación establecida en la Ley.</p> <p>Asimismo, ante la ausencia de la normativa secundaria indispensable, resultaba una obligación de imposible cumplimiento, que de conformidad al derecho ecuatoriano no sería exigible. Sobre los hechos imposibles, el Código Civil menciona: "Art. 1477.- "(...) Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y</p>	<p>Segunda.- Para el período comprendido desde 21 de diciembre de 2013 hasta la entrada en vigencia de la presente resolución, los prestadoras CONECEL S.A., OTECEL S.A. y CNT EP pagarán a la ARCOTEL los montos que corresponden a los valores resultantes de la información reportada mensualmente por el prestador en el formato de reporte 2.1.4.A establecido en aplicación de la Resolución TEL-052-02-CONATEL-2012 de 25 de enero de 2012.</p>
<p>Tercera.- Para cumplimiento de lo establecido en las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda de la presente Resolución, la ARCOTEL notificará a los prestadores del servicio móvil avanzado, los valores a pagar, incluyendo los intereses legales correspondientes, en un plazo máximo de diez (10) días contados a partir de la entrada en vigencia de la presente resolución. Las operadoras deberán realizar la transferencia, en un plazo máximo de 5 días, contados a partir del primer día hábil posterior a la notificación de pago que realice la ARCOTEL, conforme las disposiciones y condiciones que se emitan en dicha notificación.</p> <p>Así mismo, dentro de dicho plazo, notificará a los prestadores respecto de los cuales no se tenga la información desglosada mensualmente, a fin de cumplir con lo establecido en la Disposición Transitoria Primera de la presente Resolución.</p>	<p>[observaciones, comentarios, notas]</p>	<p>[propuesta de reforma]</p>
<p><b>DISPOSICIÓN FINAL</b></p>	<p>[observaciones, comentarios, notas]</p>	<p>[propuesta de reforma]</p>
<p>Primera.- Del cumplimiento de la presente Resolución, encárguese a la Coordinación General Administrativa - Financiera, Coordinación Técnica de Control y Coordinación Técnica de Gestión de Títulos Habilitantes, dentro del ámbito de sus competencias.</p> <p>La presente Resolución es de ejecución inmediata, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.</p>		