

RESOLUCIÓN ARCOTEL-2016- 0135

POR LA QUE, LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES – ARCOTEL RECHAZA EL RECLAMO ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA SEÑORA ROSA VIRGINIA NAKAGAWA MORALES, EN CALIDAD DE APODERADA ESPECIAL DEL CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A., CONECEL, EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-2015-0694 DE 28 DE OCTUBRE DE 2015.

CONSIDERANDO:

I. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA

1.1. ADMINISTRADO Y ACTO IMPUGNADO

Mediante escrito ingresado con trámite No. ARCOTEL-2015-015878 de 11 de diciembre de 2015, la señora Rosa Virginia Nakagawa Morales, en calidad de apoderada especial del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A., CONECEL, presenta reclamo administrativo en contra de la Resolución No. ARCOTEL-2015-0694 de 28 de octubre de 2015, publicada en el RO. No. 632 de 20 de noviembre del mismo año, con la cual fue expedido el Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

1.2. COMPETENCIA

La ARCOTEL, a través de esta autoridad, conforme lo dispone el artículo 148 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones - LOT, tiene competencia para:

"1. Ejercer la dirección, administración y representación legal, judicial y extrajudicial de la Agencia. (...);

11. Aprobar la normativa interna, suscribir los contratos y emitir los actos administrativos necesarios para el funcionamiento de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.;

12. Delegar una o más de sus competencias a los funcionarios de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. (...)

16. Ejercer las demás competencias establecidas en esta Ley o en el ordenamiento jurídico no atribuidas al Directorio."

Por lo que, corresponde a la Directora Ejecutiva de ARCOTEL, la competencia para conocer y resolver el Reclamo Administrativo interpuesto por la señora Rosa Virginia Nakagawa Morales, en calidad de apoderada especial del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A., CONECEL, en contra de la Resolución No. ARCOTEL-2015-0694 de 28 de octubre de 2015.

1.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL RECLAMO ADMINISTRATIVO

De conformidad con los artículos 172, 173 y 206 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva – ERJAFE; se establece que el reclamo administrativo es una forma de impugnación de los hechos administrativos, actos de simple administración; y, actos normativos; que permite a los administrados formular observaciones, consideraciones, reservas de derechos en el caso de actos de simple administración; la cesación del comportamiento, conducta o actividad; y, la enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de actos normativos o su inaplicabilidad al caso concreto. Los reclamos, no obstante que deben ser resueltos dentro del plazo de dos meses, no dan lugar a la aplicación de la institución del silencio administrativo positivo.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR:

“Art. 83.- *Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente (...)*”.

“Art. 173.- *Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”.*

“Art. 226.- *Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la Ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.*

2.2. LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES:

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

El **artículo 147 ibídem**, manifiesta que: *“La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones será dirigida y administrada por la o el Director Ejecutivo (...)”* y que *“Con excepción de las competencias expresamente reservadas al Directorio, la o el Director Ejecutivo tiene plena competencia para expedir todos los actos necesarios para el logro de los objetivos de esta Ley y el cumplimiento de las funciones de administración, gestión, regulación y control de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico, así como para regular y controlar los aspectos técnicos de la gestión de medios de comunicación social que usen frecuencias del espectro radioeléctrico o que instalen y operen redes, tales como los de audio y vídeo por suscripción...”*

El **artículo 148.- Atribuciones del Director Ejecutivo** *ibídem* establece que: *Corresponde a la Directora o Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: 1. Ejercer la dirección, administración y representación legal, judicial y extrajudicial de la Agencia. (...); 11. Aprobar la normativa interna, suscribir los contratos y emitir los actos administrativos necesarios para el funcionamiento de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.; 12. Delegar una o más de sus competencias a los funcionarios de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.(...) 16. Ejercer las demás competencias establecidas en esta Ley o en el ordenamiento jurídico no atribuidas al Directorio.”.*

2.3 REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES:

“Art. 6.- De la ARCOTEL.- *(...) los actos administrativos y normativos que emita el Director Ejecutivo, podrán ser impugnados únicamente ante el mismo órgano, dicha resolución pondrá fin a la vía administrativa.”.*

2.4. ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA, ERJAFE.

“Art. 172.- Los reclamos administrativos.

En las reclamaciones los interesados podrán petitionar o pretender:

- a) *La formulación de observaciones, consideraciones y reservas de derechos, cuando se impugnaren los actos de simple administración;*
- b) *La cesación del comportamiento, conducta o actividad; y,*
- c) *La enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de actos normativos o su inaplicabilidad al caso concreto.*

En cuanto a la tramitación de una reclamación, ésta debe ser presentada ante el órgano autor del hecho, comportamiento u omisión; emisor del acto normativo; o ante aquél al cual va dirigido el acto de simple Administración. El órgano puede dictar medidas de mejor proveer, y otras para atender el reclamo.” (Lo resaltado no pertenece al texto)

“Art. 173.- Objeto y clases.

1. *Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio de difícil o imposible reparación a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de apelación y de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 129, 130 y 131 de esta norma.*

La oposición a los restantes actos de trámite o de simple administración podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento.

2. *Los convenios y tratados internacionales podrán sustituir los recursos de apelación o reposición, en supuestos o ámbitos determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos tales como la conciliación, mediación o arbitraje, en los términos de dichos convenios y tratados internacionales y la Ley de Arbitraje y Mediación.*
3. **Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa, sino solo reclamo.** *La falta de atención a una reclamación no da lugar a la aplicación del silencio administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada.*
4. *Los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición.”* (Lo remarcado no pertenece al texto)

“Art. 206.- Plazo.-*En los procedimientos de los órganos y entidades sometidos al presente estatuto de la Función Ejecutiva el plazo máximo para resolver cada uno de dichos procedimientos será el de dos meses contados a partir de la recepción de la petición o reclamo como máximo, salvo que una ley especialmente establezca un plazo diferente para la resolución de un procedimiento por parte de los citados órganos y entidades. (...)”*

2.4 RESOLUCIONES DE LA ARCOTEL

2.4.1. Resolución No. 001-01-ARCOTEL-2015

Mediante Resolución No. 001-01-ARCOTEL-2015 de 04 de marzo de 2015, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en ejercicio de sus atribuciones establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, aprobó la estructura temporal de la Agencia y autorizó a la

Dirección Ejecutiva de la Agencia, para que con sujeción a la estructura temporal aprobada en el artículo 2 de dicha Resolución, defina el ámbito de competencias y atribuciones y realice las acciones que sean necesarias para el cabal funcionamiento de las Coordinaciones Nacionales Técnicas y Generales, así como de las Direcciones y Unidades, según corresponda.

2.4.2. Resolución No. 002-01-ARCOTEL-2015

Mediante Resolución 002-01-ARCOTEL-2015 de 04 de marzo de 2015, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en ejercicio de la atribución establecida en el artículo 146, número 8 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, designó a la ingeniera Ana Vanessa Proaño De La Torre, como Directora Ejecutiva de la ARCOTEL.

2.4.3. Resolución ARCOTEL-2015-00132

Mediante Resolución ARCOTEL-2015-00132 de 16 de junio de 2015, la señora Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en ejercicio de la atribución establecida en el artículo 148, número 12 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, delegó atribuciones a distintas unidades de la ARCOTEL; específicamente las siguientes:

“4.1. DIRECCIÓN JURÍDICA DE CONTROL DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

El Director Jurídico de Control de Servicios de Telecomunicaciones, tendrá las siguientes atribuciones en materia de Servicios de Telecomunicaciones: 4.1.1. Elaborar y suscribir todo tipo de informes jurídicos que correspondan al ámbito de sus competencias o que sean requeridos por la Coordinación Técnica de Control o la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL. (...) 4.1.11. Las demás que disponga la Coordinación Técnica de Control o la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL.”

“4.2. DIRECCIÓN JURÍDICA DE CONTROL DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO Y SERVICIOS DE RADIODIFUSIÓN POR SUSCRIPCIÓN

El Director Jurídico de Control de Espectro Radioeléctrico y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, tendrá las siguientes atribuciones en materia de Servicios de Telecomunicaciones: 4.2.1. Elaborar y suscribir todo tipo de informes jurídicos que correspondan al ámbito de sus competencias o que sean requeridos por la Coordinación Técnica de Control o la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL. (...) 4.2.12. Las demás que disponga la Coordinación Técnica de Control o la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL.”

De conformidad a la nota marginal de 11 de diciembre de 2015, inserta al trámite ARCOTEL-2015-015878 de la misma fecha, con la cual la Directora Ejecutiva dispone al Coordinador Técnico de Control, dar trámite pertinente a la petición y atentos a la nota marginal de 14 de diciembre de 2015, inserta en el mismo documento, con la cual el Coordinador Técnico de Control, dispone el análisis y la sustanciación del documento, a las Direcciones Jurídicas de Control de Servicios de Telecomunicaciones y de Espectro Radioeléctrico y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, respectivamente; según las atribuciones constantes en los números 4.1.1; 4.1.11; 4.2.1; y 4.2.12 de la Resolución ARCOTEL-2015-00132 de 16 de junio de 2015; es competencia de la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones, conocer el presente reclamo a través de la Directora Ejecutiva, en ejercicio de los números 1, 11 y 16 del Art. 148 de la LOT, y el último inciso del artículo 6 del Reglamento General a la LOT.

III. ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD

El Informe Jurídico Conjunto IJ-DJCT-DJCE-2016-001, al respecto manifiesta:

“El CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A., CONECEL, en su oficio No. GR-2281-2015, hace referencia expresa a la Resolución ARCOTEL-2015-0694, como el “ACTO NORMATIVO GENERAL RECLAMADO”, según consta en el Apartado II del mencionado documento.”



De igual manera consta en el apartado VI de la pretensión principal del Reclamo citado, que CONECEL requiere: "se modifique o sustituya total o parcialmente o se ordene la inaplicabilidad de todos aquellos artículos que pretendan limitar, disminuir o violar derechos constitucionales y legales garantizados por el ordenamiento jurídico del Ecuador."; entendiéndose que se hace referencia al Instructivo en cuestión.

A efectos de una correcta aplicación del artículo 172 del ERJAFE; es primordial analizar la naturaleza jurídica del Instructivo impugnado.

La Constitución de la República en su artículo 425 de la jerarquía normativa, no cita en forma expresa a los Instructivos dentro del listado de normas, no obstante lo cual, se entiende que son parte de "...los demás actos y decisiones de los poderes públicos".

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones en forma expresa en el Título XIII, Capítulo III regula el procedimiento administrativo sancionador, que incluye:

- Potestad sancionadora
- Apertura
- Pruebas
- Potestad de investigación
- Resolución
- Atenuantes
- Agravantes
- Legitimidad, ejecutividad y medidas correctivas
- Medidas preventivas
- Apelación; y,
- Prescripción

La Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL, en ejercicio de sus competencias y con sujeción estricta a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, expidió el "INSTRUCTIVO PARA EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES-ARCOTEL".

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, señala:

"INSTRUCTIVO 1. Adj. que instruye o sirve para instruir".

"INSTRUIR.

1. tr. Enseñar, doctrinar.
2. tr. Comunicar sistemáticamente ideas, conocimientos o doctrinas.
3. tr. Dar a conocer a alguien el estado de algo, informarle de ello, o comunicarle avisos o reglas de conducta. U. t. c. prml.
4. tr. Tramitar un procedimiento administrativo o judicial."

En forma complementaria se señala que el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas Torres, define:

"INSTRUIR. Enseñar, aleccionar, adoctrinar..."

INSTRUCCIONES MINISTERIALES. En la técnica administrativa francesa, las circulares (v) que los titulares de cada departamento gubernamental dirigen a sus subordinados jerárquicos con la interpretación que deben dar a ciertas leyes o reglamentos. Se diferencian de las simples instrucciones (v) que los ministros dan para proceder en ciertos casos particulares, frente a la generalidad de criterio que se sienta en las específicas instrucciones ministeriales."

Dromi, en la Décimo Primera Edición de su obra de Derecho Administrativo, al referirse a las formas jurídicas por medio de las cuales se materializan las actividades de la Administración, distingue entre otras, las siguientes¹:

- **Acto administrativo.** Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa.
- **Reglamento administrativo.** Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos generales en forma directa.
- **Actuación interadministrativa.** Es toda declaración unilateral interna o interorgánica, efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma indirecta.

El mismo autor al referirse al objeto de las formas jurídicas empleadas por la Administración, en cuanto al objeto del Derecho Administrativo, entre varios² señala:

Por los efectos la función administrativa puede ser:

- **Interna.** Tiene por finalidad lograr el mejor funcionamiento del ente de que se trata. Tienen relevancia en ella las instrucciones y circulares, pues constituyen verdaderos reglamentos de su estructura (...). Se caracteriza porque no surte efectos jurídicos inmediatos respecto de los administrados.
- **Externa.** Produce efectos jurídicos inmediatos respecto de los administrados, como titulares de derechos y deberes jurídicos.

Para abordar la temática de la clasificación de los actos de la administración pública, el autor Secaira Durango, en su Curso de Derecho Administrativo diferencia³:

- Actos de administración
- Reglamentos Administrativos
- Contratos Administrativos
- Actos y resoluciones administrativas

El autor define: "**ACTO DE ADMINISTRACIÓN.-** El acto de administración es una expresión jurídica de la administración interna de los órganos públicos, esto es de aquella que no trasciende su esfera: se expiden únicamente para desarrollar su funcionamiento por lo que, no crean efectos jurídicos directos en terceros.

Son actos de simple administración o de mero trámite que se requieren para que la administración se mueva internamente, (...) en fin, todos aquellos actos que sirven de preparación para que la voluntad pública se haga evidente."⁴

En este mismo sentido el ERJAFE en sus artículos 70 y 80 diferencia lo que constituyen los actos de simple administración y el acto normativo; así:

"Art. 70.- ACTOS DE SIMPLE ADMINISTRACION.- Son toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce **efectos jurídicos individuales de forma indirecta** en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia."

¹DROMI, Roberto: "Derecho Administrativo". 11° Edición. Editorial Ciudad Argentina, Hispania Libros. 2006. Buenos Aires Argentina. PP 263.

²Ibidem. PP 272

³ SECAIRA, Patricio: "Curso de Derecho Administrativo". PP 171

⁴Idem.

“Art. 80.- ACTO NORMATIVO.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce **efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa.** De conformidad con la Constitución corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria. Un acto normativo no deja de ser tal por el hecho de que sus destinatarios puedan ser individualizados, siempre que la decisión involucre a la generalidad de los diversos sectores.”.

De lo anterior se desprende que la diferencia entre ambas clases de actos se fundamenta en los efectos de los mismos y en su naturaleza interna y externa, respectivamente.

El Instructivo impugnado, si bien constituye una declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, emitido mediante resolución de aplicación genérica para todos los procedimientos administrativos sancionadores, no genera efectos jurídicos generales directos en los interesados; en este sentido Dromi, en el desarrollo de las diferencias terminológicas para establecer el concepto de Reglamento Administrativo, hace la siguiente explicación:

“Que produce efectos jurídicos generales directos. El carácter normativo atañe a la esencia misma del reglamento. Este produce efectos jurídicos generales, indeterminados, generando derechos y obligaciones sin consideración a las singularidades o subjetividades. Sus efectos normativos se imponen como acto-regla tanto a la Administración como a los administrados.”⁵

El número 1 del artículo 103 del ERJAFE, manifiesta que: “Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante actos de simple administración que consistirán en instrucciones u órdenes.”; en este sentido el Instructivo no genera derechos ni obligaciones para los particulares; por el contrario, este instrumento contiene instrucciones que deben seguir los servidores de la ARCOTEL que participen en el procedimiento administrativo sancionador, pues bien se puede constatar de su simple lectura, que el Instructivo se sujeta fielmente a la LOT y su Reglamento General, sin contravenirlos ni alterarlos.

El reclamo administrativo ingresado por CONECEL a esta Agencia con trámite ARCOTEL-2015-015878 en contra de la Resolución ARCOTEL-2015-0694 con la cual fue dictado el Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador por Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones; se lo admitiría a trámite como impugnación a un acto de simple administración, al ser una instrucción (declaración unilateral interna e interorgánica), y así debe ser considerado como un ACTO DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN, de conformidad con la definición constante en el artículo 70 del ERJAFE, realizado en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afecta a los administrados a través de los actos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en consecuencia del ejercicio de la Potestad Sancionadora; sin generar a los administrados derechos ni obligaciones de ningún orden; por tanto, el análisis pormenorizado de los argumentos argüidos por CONECEL, se refieren a un acto de simple administración, como lo es el Instructivo impugnado parcialmente.

Cabe destacar que la publicación del Instructivo en el Registro Oficial, constituye únicamente un mecanismo para informar sobre los instructivos internos que tienen relación con el procedimiento administrativo sancionador, de conformidad con la letra f) del artículo 205 del ERJAFE.”.

IV ANÁLISIS DE FONDO

4.1 ARGUMENTOS DE LA OPERADORA

El escrito presentado por CONECEL, en general, sostiene:

⁵ Ibídem. PP 439

“PRETENSIÓN PRINCIPAL:

En virtud de los antecedentes de hecho y de derecho expuestos, solicitamos se acepte a trámite el reclamo administrativo interpuesto y se modifique o sustituya total o parcialmente o se ordene la inaplicabilidad de todos aquellos artículos que pretendan limitar, disminuir o violar derechos constitucionales y legales garantizados por el ordenamiento jurídico del Ecuador.

PRETENSION ACCESORIA:

Solicitamos en nuestra calidad de administrados, que se suspendan todos los PROCEDIMIENTOS SANCIONATORIOS que se encuentren en curso ante el ARCOTEL y que se hayan sustentado en el Instructivo materia del presente reclamo, cuya afectación de los derechos constitucionales y la nulidad de pleno derecho, (sic) en que se está incurriendo.”.

Particularmente CONECEL expresa sus alegaciones en los siguientes términos:

4.2.1 *“4.1 Si bien es cierto que la LOT por su jerarquía normativa y por la materia, es preeminente en materia de telecomunicaciones, también es cierto e incuestionable que el resto del ordenamiento jurídico ecuatoriano contempla garantías y derechos en favor de los particulares. Esto, aunado a la interpretación sistémica del ordenamiento jurídico, desemboca irremediamente en la imposibilidad de la ARCOTEL en pretender limitar, restringir o conculcar la posibilidad de acudir a otros mecanismos de impugnación administrativos contemplados en el ordenamiento jurídico, por intermedio de un acto normativo general e infralegal.”.*

4.2.2

CONECEL, en su oficio GR-2281-2015, cita los siguientes artículos:

DE LA LOT:***“Art. 134.- Apelación. (DE LA LOT)***

La resolución del Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en el procedimiento administrativo sancionador, podrá ser recurrida administrativamente en apelación ante el Director Ejecutivo de dicha Agencia dentro del plazo de quince días hábiles de notificada.

Dicho funcionario tendrá el plazo de sesenta días hábiles para resolver y lo hará en mérito de los autos, sin más trámite. La apelación no suspenderá la ejecución del acto ni de las medidas que se hubieran adoptado u ordenado, salvo que el Director lo disponga cuando la ejecución del acto o las medidas pudieran causar perjuicios de imposible o difícil reparación.”.

DEL INSTRUCTIVO:

“Art. 2.- Toda persona natural o jurídica goza de derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República e Instrumentos Internacionales, tales como: el debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, la contradicción de la prueba y a impugnación de los actos administrativos de acuerdo a los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, títulos habilitantes y demás normativa complementaria.”

“Art. 12.- De la impugnación.- Las resoluciones de los Organismos Desconcentrados de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, derivadas de los procedimientos administrativos sancionados de conformidad con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, serán impugnadas exclusivamente de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 134 de la referida Ley. (...).”

“Art. 36.- Recurso de Apelación.- La resolución emitida por el Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones, podrá ser recurrida administrativamente en apelación ante el/la Directora/a Ejecutivo/a de dicha Agencia dentro de quince (15) días hábiles contados desde el día hábil siguiente a la fecha de notificación con la resolución.



La interposición del Recurso de Apelación, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado, en observancia de lo establecido en el segundo inciso del artículo 134 la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. En cumplimiento del principio de legalidad, no se admitirá y se negará, sin más trámites, cualquier otro recurso en sede administrativa que se interponga.”

DEL ERJAFE:

“Art. 173.- Objeto y clases.

1. Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio de difícil o imposible reparación a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de apelación y de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 129, 130 y 131 de esta norma. (...).”

CONECEL señala:

“Es el caso del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Administrativa, mismo que por delegación legislativa goza de fuerza de ley, garantiza a los particulares en su artículo 173 (...).”

“(...) con ánimos de reforzar la pertinencia de nuestro reclamo, citamos lo que reza el Artículo 2 del propio instructivo, cuyos artículos 12 y 36 estamos contradiciendo, así (...).”

“Conocedores de que la Apelación consagrada en la LOT es un mecanismo de impugnación, éste no es el único recurso en sede administrativa. En efecto vale la pena resaltar que la máxima en derecho privado, para lo cual podrá hacer todo aquello que no esté LEGALMENTE prohibido. Lo que nos permite concluir a priori que la expresión “únicamente” o lo dispuesto en el Art. 36 “no se admitirá y se negará, sin más trámite, cualquier otro recurso en sede administrativa” pretende limitar el derecho a la interposición de otro tipo de recursos (horizontales o verticales) existentes en nuestro ordenamiento jurídico, potestad que no detenta conforme a la Ley su Despacho, de allí deriva nuestra legítima preocupación por la evidente limitación de garantías constitucionales vía acto normativo general de jerarquía infra legal.”

“(...) a continuación citamos las disposiciones normativas previstas en el ERJAFE, que a nuestro entender jurídico, están siendo conculcadas por vuestro instructivo en su parte pertinente, así:

Artículo 101 (...); Artículo 174 (...); Artículo 178 (...); Artículo 199 (...); Artículo 200 (...); Artículo 202 (...); Artículo 205 (...).”

“Por lo expuesto, solicitamos respetuosamente se analice de manera sistémica a todo el ordenamiento jurídico, apegado al Artículo 11 y 425 de la Carta Magna.”

4.2.3 De la evacuación de pruebas – apelación.

CONECEL en referencia al Instructivo impugnado “(...) en el artículo 37 último párrafo señala: “En este trámite no se podrá solicitar la práctica de ninguna prueba ni se aceptará incidente alguno.

La prueba constituye la columna vertebral de un proceso, sin ella no se podría llegar a una solución o respuesta adecuada, de ahí que los sistemas procesales deben estar orientados a que (sic) la valoración de la prueba. Al respecto se toma necesario exponer a usted lo que la Asamblea constituyente de Montecristi aprobó como norma fundamental del ordenamiento jurídico ecuatoriano: Art. 76, letra h (...) (sic); Art. 11 número 4 y 5 (...).”

En lo que concierne al ERJAFE CONECEL cita los siguientes preceptos normativos: artículo 200; 202; 205; y, 147; y señala “Frente a lo expuesto y contratado de la norma infralegal con los derechos



consagrados en la Constitución y el ERJAFE, se puede apreciar como el instructivo bajo impugnación, pretende conculcar derechos, principios y garantías del ordenamiento jurídico ecuatoriano, vía RESOLUCIÓN ARCOTEL-2015-0694.”.

4.2.4 De la suspensión de la Ejecución del Acto.

CONECEL manifiesta en su oficio, en referencia al artículo 36, tercer (sic) inciso del Instructivo impugnado “(...) *La interposición del Recurso de Apelación, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.*” (El subrayado nos corresponde). Además señala: “(...) *es nuestra obligación como colaboradores de la administración pública, transmitir lo que dispone nuestro Contrato de Concesión con el Estado ecuatoriano en la que en su cláusula 58.1 (sic) así: “(...) Sin perjuicio de lo anterior, una vez presentada la apelación, el CONATEL podrá ordenar en cualquier momento la suspensión de la ejecución del acto apelado.”.*”.

Finalmente solicitan: “*En consecuencia de lo antes expuesto, consideramos que la definición de la norma aplicable debe ser determinado previo informe del Procurador General del Estado en aras de absolver la interpretación de la disposición normativa correspondiente.*”.

4.3 MOTIVACION:

En atención al Reclamo Administrativo presentado por el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A., CONECEL, con oficio No. GR-2281-2015, ingresado a esta Agencia el 11 de diciembre de 2015, con hoja de trámite No. ARCOTEL-2015-015878, en contra de la Resolución ARCOTEL-2015-0694 de 28 de octubre de 2015; por su naturaleza, se citan a continuación los argumentos jurídicos contenidos en el Informe Jurídico Conjunto IJ-DJCT-DJCE-2016-001 de 01 de febrero de 2016, el mismo que considera el contenido de la Resolución ARCOTEL-2015-0694 de 28 de octubre de 2015 y lo manifestado por la Operadora en su oficio de impugnación; respectivamente:

4.3.1. ANÁLISIS JURÍDICO

4.3.1.1 Con respecto del siguiente punto: “**4.1 Si bien es cierto que la LOT por su jerarquía normativa y por la materia, es preeminente en materia de telecomunicaciones, también es cierto e incuestionable que el resto del ordenamiento jurídico ecuatoriano contempla garantías y derechos en favor de los particulares. Esto, aunado a la interpretación sistémica del ordenamiento jurídico, desemboca irremediablemente en la imposibilidad de la ARCOTEL en pretender limitar, restringir o conculcar la posibilidad de acudir a otros mecanismos de impugnación administrativos contemplados en el ordenamiento jurídico, por intermedio de un acto normativo general e infralegal.**”.

El Informe Jurídico Conjunto mencionado señala: “CONECEL a través de su reclamo, pretende que la ARCOTEL modifique el Instructivo a pretexto de la aplicación del ERJAFE y otras normas del ordenamiento jurídico, contrariando lo dispuesto en el artículo 134 de la LOT y el artículo 85 del Reglamento General a la LOT; y, lo dispuesto en el artículo 226 de la Constitución de la República que señala: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley (...).” (Lo subrayado fuera del texto original).

Efectivamente, el artículo 134 de la LOT es enfático en determinar que: “La resolución del Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en el procedimiento administrativo sancionador, podrá ser recurrida administrativamente en apelación ante el Director Ejecutivo de dicha Agencia dentro del plazo de quince días hábiles de notificada.”; y es enfático también el primer inciso del Art. 85 del Reglamento General a la LOT, que dispone: “De la resolución de imposición de la sanción podrá interponerse -exclusivamente- el recurso de apelación ante el Director Ejecutivo de la ARCOTEL; por lo que, en cumplimiento del principio de legalidad, no se admitirá y se

negará sin más trámite, cualquier otro recurso en sede administrativa que se interponga. (Lo subrayado y remarcado no pertenece al texto)

Por tanto, es deber de la ARCOTEL cumplir y hacer cumplir la Ley, siendo responsabilidad de CONECEL y de todas las personas naturales y jurídicas, conforme al artículo 83 de la Constitución de la República, "...1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente."

Dado que el Instructivo en cuestión, se limita a regular la aplicación del procedimiento administrativo sancionador, cuya potestad sancionadora emana de la Ley; no se verifica que dicho instrumento contenga limitación a derecho alguno de CONECEL sino el desarrollo de la competencia legalmente establecida, conforme el marco de acción otorgado a la Agencia; puesto que, es la LOT y su Reglamento General, en calidad de normas jerárquicamente superiores y específicas, frente a las del ERJAFE, las que establecen que de la resolución que expida el organismo desconcentrado de la ARCOTEL, únicamente habrá lugar a interponer el recurso de apelación ante la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL, en cuyo caso, la resolución que se dicte pondrá fin a la vía administrativa; no siendo admisible en sede administrativa ningún otro tipo de recurso. (...).

4.3.1.2. Respecto al punto: "De la evacuación de pruebas – apelación."

Informe Jurídico Conjunto citado, sostiene: "Los argumentos citados por CONECEL sobre el tema de la prueba, se basan en una cita parcial del artículo 37 del Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador; se debe considerar que el primer inciso del artículo cuestionado señala: "El/la Directora/a de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, o su Delegado/a, sustanciará el recurso en mérito de autos, sin perjuicio de que de estimarse necesario se soliciten informes técnicos."

El contexto del artículo 37, es el Capítulo X del Instructivo que se refiere al procedimiento administrativo impugnativo; como ya ha sido mencionado en estricta aplicación de lo que establece el artículo 134 de la LOT, que en su segundo inciso dispone: "Dicho funcionario tendrá el plazo de sesenta días hábiles para resolver y lo hará en mérito de los autos, sin más trámite". (Lo remarcado y subrayado no pertenece al texto.)

En efecto en el Instructivo, consta el Capítulo VIII, desarrollado para el ejercicio del Derecho a la Defensa, de los artículos 23 al 29, a ser aplicado en la primera instancia del procedimiento administrativo sancionador; artículos que no han sido observados, ni objetados por CONECEL; y que corresponden a un desarrollo que no se opone, contraviene o altera de modo alguno, lo dispuesto en el Capítulo III del procedimiento sancionador, medidas y prescripción, del Título XIII de la LOT, en el que constan los artículos 126 y 127 relativos a la apertura y pruebas.

Para complementar este punto del análisis, debe indicarse que el artículo 147 del ERJAFE, citado erróneamente por CONECEL, consta dentro del capítulo relacionado a la Instrucción del Procedimiento, en tanto que, para la segunda instancia cuando se trata de apelación o en general para tramitación de impugnaciones debe aplicarse el artículo 183 *Ibidem*, que dispone: "Cuando se requieran informes se los solicitará en forma directa a la autoridad u órgano que deba proporcionarlo. Salvo disposición legal expresa en contrario, los informes deberán ser presentados en el término de siete días y serán facultativos para la autoridad que deba decidir y no tendrán efectos vinculantes para los administrados. (...)". Consideración que sí se ha tomado en cuenta de manera subsidiaria en el primer inciso del artículo 37 del Instructivo mencionado. (...)"

4.3.1.3. En referencia al argumento de CONECEL sobre: "De la suspensión de la Ejecución del Acto."

El Informe Jurídico Conjunto citado manifiesta: "Sin perjuicio de lo indicado, el segundo inciso del artículo 36 del Instructivo ha sido dictado en concordancia con el segundo inciso del artículo 136 de la LOT que dispone: "La imposición de recursos administrativos o judiciales contra las resoluciones de los procedimientos administrativos sancionadores no suspende su ejecución."; particularmente lo establecido en la última parte del artículo 134 de la misma Ley que manifiesta: "La apelación no

suspenderá la ejecución del acto ni de las medidas que se hubieran adoptado u ordenado, salvo que el Director lo disponga cuando la ejecución del acto o las medidas pudieran causar perjuicios de imposible o difícil reparación. (Lo remarcado no pertenece al texto).

La cláusula 58.2 del Contrato de Concesión que señala: "Cuando se trate de sanciones de primera y segunda clase, si el CONATEL ratifica la resolución de la SUPTEL, la Sociedad Concesionaria deberá proceder con el pago de la sanción impuesta cuando corresponda, de conformidad con lo que disponga el CONATEL, previa a la impugnación por la vía contencioso administrativa. **Sin perjuicio de lo anterior, una vez presentada la apelación, el CONATEL podrá ordenar en cualquier momento la suspensión de la ejecución del acto apelado.**"

La LOT en su Disposición Transitoria Primera, señala:

"Los títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones otorgados antes de la expedición de la presente Ley se mantendrán vigentes hasta el vencimiento del plazo de su duración sin necesidad de la obtención de un nuevo título. No obstante, las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones deberán cumplir con todas las obligaciones y disposiciones contenidas en esta Ley, su Reglamento General, los planes, normas, actos y regulaciones que emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. En caso de contradicción o divergencia entre lo estipulado en los títulos habilitantes y las disposiciones de la presente Ley y su Reglamento General, incluyendo los actos derivados de su aplicación, prevalecerán estas disposiciones."

De ahí que, el artículo 36 del Instructivo, guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 136 de la LOT, sin que existan razones para consultar a la Procuraduría General del Estado como pretende CONECEL, pues la LOT es suficientemente clara y expresa, no hay duda respecto de su inteligencia y aplicación, tanto más que, la propia LOT, en su Disposición Transitoria Primera, señala su prevalencia respecto de las estipulaciones que consten en los títulos habilitantes; en este sentido, estamos frente a un caso de aplicación y no de interpretación.

Para mayor abundamiento, preciso es señalar que el artículo 76 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, establece: "Salvo lo dispuesto en el artículo precedente, en ningún caso se suspenderá la ejecución o cumplimiento del acto administrativo. (...)"; por su parte lo que señala el artículo 75 (precedente) es: "El administrado podrá solicitar la suspensión del procedimiento coactivo, mientras se tramita la causa en el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, cuando tal procedimiento se hubiere iniciado en virtud de una resolución o acto administrativo que haya causado estado y que implique una obligación económica a favor de la Administración", lo cual significa que el acto administrativo, independiente de la impugnación interpuesta en la vía contencioso administrativa, se encuentra ejecutoriado en la vía administrativa. En este sentido, cabe mencionar al tratadista ecuatoriano, Patricio Secaira Durango, manifiesta⁶: "PRESUNCIÓN DE EJECUTORIEDAD.- La presunción de ejecutoriedad va ligada a la de legalidad, por cuanto al considerarse que todo acto administrativo es legal, de suyo viene como consecuencia que la resolución administrativa es factible de ejecución inmediata, aun en el caso de que estos hayan sido objeto de impugnación judicial."

Adicionalmente vale considerar lo que sostiene el autor Miguel S. Marienhoff la presunción de legitimidad⁷ consiste "en la suposición de que el acto fue emitido "conforme a derecho", es decir su emisión responde a todas las prescripciones legales"; y, la ejecutoriedad del acto administrativo significa "que, por principio, la Administración misma y con sus propios medios lo hace efectivo, poniéndole en práctica. Tal es el "principio" que, desde luego, reconoce excepciones. Estas últimas dependen del sistema jurídico imperante en el lugar de que se trate. La posibilidad de que la propia Administración Pública haga efectivos o ponga en práctica los actos administrativos que emita, integra una de las tantas "potestades" de la Administración: la imperativa o de mando"; por lo expuesto, se puede afirmar categóricamente que los actos administrativos tienen como característica la presunción de su legitimidad y fuerza ejecutoria, permitiendo que, por regla, la administración ejecute sus propios

⁶ SECAIRA DURANGO, Patricio: "Curso Breve de Derecho Administrativo" Pp.182

⁷ MARIENHOFF, Miguel S: "Tratado de Derecho Administrativo". Tomo II PP. 368, 369 y 374

actos sin que los recursos o acciones judiciales, mediante los cuales se discute su validez, suspendan su ejecución. (...)"

4.3.1.4. Finalmente, en cuanto a la pretensión accesorio solicitada por CONECEL:

"PRETENSION ACCESORIA: *Solicitamos en nuestra calidad de administrados, que se suspendan todos los PROCEDIMIENTOS SANCIONATORIOS que se encuentren en curso ante el ARCOTEL y que se hayan sustentado en el Instructivo materia del presente reclamo, cuya afectación de los derechos constitucionales y la nulidad de pleno derecho, (sic) en que se está incurriendo."*

El Informe Jurídico Conjunto de la referencia, expresa: "El ERJAFE en su artículo 68 establece: "(...) Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto."; es decir que, los actos administrativos emitidos con observancia de la normativa y con la debida motivación son de ejecución inmediata, salvo lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 189 del ERJAFE, que manifiesta: "(...) previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros dispondrá la suspensión y de oficio o a solicitud del recurrente suspenderá la ejecución del acto impugnado cuando la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación. (...)". Para el presente caso, no procede suspender por la aplicación de la Resolución ARCOTEL-2015-0694, procedimientos administrativos sancionadores en trámite, pues según lo solicitado por CONECEL, no se establece que su cumplimiento pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación; al contrario, la suspensión de su cumplimiento podría perjudicar el ejercicio de la Potestad Sancionadora en materia de Telecomunicaciones, deber y derecho de la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones. (...)"

Del análisis que precede se determina que se observó el trámite propio para sustanciar el Reclamo Administrativo presentado, sin omitir solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución del presente caso, por lo que se declara su validez.

Por el análisis que precede y en ejercicio de sus atribuciones legales, la AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES, ARCOTEL,

RESUELVE:

Artículo 1.- AVOCAR conocimiento y acoger en todas sus partes el contenido del Informe Jurídico No. Conjunto IJ-DJCT-DJCE-2016-001 de 01 de febrero de 2016 presentado por las Direcciones Jurídicas de Control de Servicios de Telecomunicaciones y del Espectro Radioeléctrico y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, remitido con memorando No. ARCOTEL-DJCT-2016-0024-M de 02 de febrero de 2016.

Artículo 2.- NEGAR el reclamo administrativo y en consecuencia rechazar las pretensiones de la señora Rosa Virginia Nakagawa Morales, en calidad de apoderada especial del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A., CONECEL, formuladas en el interpuesto en contra de la Resolución ARCOTEL-2015-0694 de 28 de octubre de 2015, ingresado con trámite No. ARCOTEL-2015-015878 el 11 de diciembre de 2015.

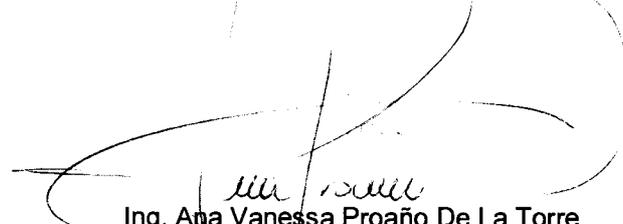
Artículo 3.- RATIFICAR en todas sus partes el contenido de la Resolución ARCOTEL-2015-0694 de 28 de octubre de 2015, expedida por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Artículo 4.- ESTABLECER que la presente resolución pone fin a la vía administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Artículo 5.- DISPONER que la Dirección de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, proceda a notificar el contenido de la presente Resolución al CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A., CONECEL, en la persona de su representante legal, en la avenida Amazonas 6017 y Río Coca – Edificio ETECO, Piso 3 de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha y en los correos electrónicos pfalconc@claro.com.ec y

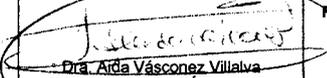
iguerrap@claro.com.ec direcciones señaladas por la recurrente para recibir notificaciones; así como a las Direcciones: Jurídica de Control del Espectro Radioeléctrico y Servicios de Radiodifusión por Suscripción, de Control del Espectro Radioeléctrico; de Control de los Servicios de Telecomunicaciones; y, a la Dirección Jurídica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Dada y firmada en el Distrito Metropolitano de Quito, a 11 FEB 2016



Ing. Ana Vanessa Proaño De La Torre
DIRECTORA EJECUTIVA

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

ELABORADO POR:	REVISADO POR:	APROBADO POR:
 Ab. Vanessa Escobar Escobar SERVIDORA PÚBLICA 5  Ab. Karla Moncayo Roldán SERVIDORA PÚBLICA 4	 Ab. Esteban Burbano Arias DIRECTOR JURÍDICO DE CONTROL DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES  Dra. Aida Vásquez Villalva DIRECTORA JURÍDICA DE CONTROL DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO Y SERVICIOS DE RADIODIFUSIÓN POR SUSCRIPCIÓN	 Ing. Fred Yáñez Ulloa COORDINADOR TÉCNICO DE CONTROL DE LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE TELECOMUNICACIONES