

RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-2017- 0199

**POR LA QUE, LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES ARCOTEL, DECLARA LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LA RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO6-C-2016-0007 DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2016.**

**CONSIDERANDO**

**I CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA**

**1.1 TÍTULO HABILITANTE - ADMINISTRADO**

**ELIANA VANESSA MOROCHO OÑA**

La Ex Secretaría Nacional de Telecomunicaciones el 28 de noviembre de 2007, autorizó a la señora Eliana Vanessa Morocho Oña, la Prestación de Servicios de Valor Agregado de Acceso a Internet, suscribiendo el último modificatorio el 1 de julio de 2015.

**1.2 ACTO IMPUGNADO**

El acto administrativo impugnado a través de este Recurso de Apelación, es la Resolución No. **ARCOTEL-CZO6-C-2016-0007** expedida el 15 de noviembre de 2016, por la Coordinación Zonal 6 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, la cual fue notificada a la señora Eliana Vanessa Morocho Oña, el 17 de noviembre de 2016, según se desprende del memorando No. ARCOTEL-CZO6-2016-0795-M de 29 del mismo mes y año, y que consta a fojas 70 del expediente del procedimiento administrativo sancionador.

**II CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**AUTORIDAD Y COMPETENCIA**

**2.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR:**

***“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento. 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales. (...) 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas (...) El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. (...) 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. (...)”.*** (Negrita fuera del texto original).

***“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: “1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) 1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o***



servidores responsables serán sancionados. **m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.** (Negrita y Subrayado fuera del texto original).

**“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”** (Subrayado fuera del texto original).

**“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.”** (Subrayado fuera del texto original).

**“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.”** (Negrita fuera del texto original).

**“Art. 261.- El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: (...) 10. El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; (...)”**

**“Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.- Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.- Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.”**

**“Art. 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.- El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.”**

## 2.2.1 LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

**“Artículo 24.- Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones.- Son deberes de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, con independencia del título habilitante del cual se derive tal carácter, los siguientes: (...) 3. Cumplir y respetar esta Ley, sus reglamentos, los planes técnicos, **normas técnicas** y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información así como lo dispuesto en los títulos habilitantes.(...)”** (Negrita fuera del texto original).

**“Art. 116.- Ámbito subjetivo y definición de la responsabilidad.- El control y el régimen sancionador establecido en este Título se aplicarán a las personas naturales o jurídicas que cometan las infracciones tipificadas en la presente Ley. (...)”**

**“Art. 117.- Infracciones de **primera clase.** (...)”**

**“b. Son infracciones de primera clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley las siguientes: (...) 16. Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, **normas técnicas** y resoluciones emitidas**



por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y las obligaciones incorporadas en los títulos habilitantes que no se encuentren señaladas como infracciones en dichos instrumentos.” (Negrita fuera del texto original).

“**Art. 121.- Clases.**- Las sanciones para las y **los prestadores de servicios de telecomunicaciones** y radiodifusión, televisión y audio y vídeo por suscripción, se aplicarán de la siguiente manera: 1. **Infracciones de primera clase.**- La multa será de entre el 0,001% y el 0,03% del monto de referencia. (...).” (Negrita y subrayado fuera del texto original).

“**Art.- 122.- Monto de referencia.**- Para la aplicación de las multas establecidas en esta Ley, el monto de referencia se obtendrá con base en los ingresos totales del infractor correspondientes a su última declaración de Impuesto a la Renta, con relación al servicio o título habilitante del que se trate. (...).” (Subrayado fuera del texto original).

“**Art. 125.- Potestad sancionadora.**- Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones iniciar de oficio o por denuncia, 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. La Agencia deberá garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento sancionador.**”

El procedimiento sancionador establecido en este Capítulo no podrá ser modificado o alterado mediante estipulaciones contenidas en los títulos habilitantes. En caso de que algún título habilitante contemple tales modificaciones, estas se entenderán nulas y sin ningún valor.” (Negrita y subrayado fuera del texto original).

“**Art. 126.- Apertura.**- Cuando se presuma la comisión de cualquiera de las infracciones establecidas en esta Ley, el Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones emitirá el acto de apertura del procedimiento sancionador. Dicho acto deberá indicar (i) los hechos que presuntamente constituyen la infracción, (ii) la tipificación de las infracciones de las que se trate y las disposiciones presuntamente vulneradas, (iii) las posibles sanciones que procederían en caso de comprobarse su existencia, así como (iv) el plazo para formular los descargos. (...).”

“**Art. 129.- Resolución.** El Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emitirá la resolución del procedimiento administrativo sancionador dentro de los veinte días hábiles siguientes al vencimiento del lapso de evacuación de pruebas. (...).”

“**Art. 134.- Apelación.**- 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.” (Negrita y subrayado fuera del texto original).

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

“**Art. 148.- Atribuciones del Director Ejecutivo.**- Corresponde a la Directora o Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: (...) 8 **“Conocer y resolver sobre los recursos de apelación presentados en contra de los actos emitidos por el Organismo**”



Desconcentrado de la Agencia, dentro del procedimiento sancionador. (...). (Negrita y subrayado fuera del texto original).

### Las Disposiciones Transitorias primera y quinta de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en su orden establecen:

**“Primera.- (...)** 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. (...)”.

**“Quinta.- (...)** En aquellos aspectos que no se opongan a la presente Ley y su Reglamento General, los reglamentos emitidos por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones se mantendrán vigentes, mientras no sean expresamente derogados por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.”.

### 2.3 ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA ERJAFE

**“Art. 94.- Vicios que impiden la convalidación del acto.-** No son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se considerarán como nulos de pleno derecho: (...) Tampoco son susceptibles de convalidación aquellos actos cuyo contenido tenga por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto, **así como los actos que no se encuentren debidamente motivados.**” (Negrita y Subrayado fuera del texto original).

**“Art. 122.- Motivación.** 1. La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos se realizará de conformidad con lo que dispone la Constitución y la ley y la normativa aplicable. La falta de motivación entendida ésta como la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre éstas y aquellos produce la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución. El acto deberá ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública.”.

**“Art. 129.- Nulidad de pleno derecho.**

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

a) Los que lesionen, de forma ilegítima, los derechos y libertades consagrados en el artículo 24 de la Constitución Política de la República; (...). (Negrita y Subrayado fuera del texto original).

**“Art. 195.- Responsabilidad:**

1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas naturales y jurídicas que resulten responsables de los mismos.”.

### 2.4 NORMA PARA LA IMPLEMENTACIÓN Y OPERACIÓN DE SISTEMAS DE MODULACIÓN DIGITAL DE BANDA ANCHA, expedida por el Ex Consejo Nacional de Telecomunicaciones mediante Resolución No. TEL-560-18-CONATEL-2010 de 24 de septiembre de 2010. (RO No. 305 de 21 de octubre de 2010).

**Art. 5.- Características de los sistemas de modulación digital de banda ancha.-** Los sistemas de modulación de banda ancha son aquellos que se caracterizan por: (...)

e) Operar en bandas de frecuencias inscritas en el cuadro de atribución de bandas de frecuencias.”

**“Art. 6.- Bandas de frecuencias.-** Se aprobará la operación de sistemas de radiocomunicaciones (incluyendo radiodifusión sonora), que utilicen técnicas de modulación digital de banda ancha en las siguientes bandas de frecuencias:

**BANDA (MHz)**  
902 – 928



2400 – 2483.5  
5150 – 5250  
5250 – 5350  
5470 – 5725  
5725 – 5850

(...).”

## 2.5 RESOLUCIONES DE LA ARCOTEL

### 2.5.1 Resolución No. 002-01-ARCOTEL-2015

Mediante Resolución No. 002-01-ARCOTEL-2015 de 04 de marzo de 2015, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, resolvió: “Designar a la Ingeniera Ana Vanessa Proaño De la Torre como Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, quien ejercerá las competencias y atribuciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás normas pertinentes.”.

### 2.5.2 ESTATUTO ORGÁNICO DE GESTIÓN ORGANIZACIONAL POR PROCESOS APROBADO MEDIANTE RESOLUCIÓN DEL DIRECTORIO DE LA ARCOTEL No. 09-05-ARCOTEL-2016 Y PUBLICADO EN EL SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL No. 800 DE 19 DE JULIO DE 2016.

El artículo 10, numeral 1.3.2.3 y acápites II y III letra b), establecen que son atribuciones y responsabilidades del Director de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, entre otras: “(...) b) Sustanciar los reclamos o recursos administrativos presentados en contra de los actos administrativos o resoluciones emitidas por la ARCOTEL, con excepción de aquellos que sean efectuados dentro de procesos administrativos de contratación pública. (...)”. (Subrayado fuera del texto original).

## 2.6 RESOLUCIÓN DE DELEGACIÓN

### 2.6.1 Resolución No. ARCOTEL-2016-0655

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, mediante Resolución No. ARCOTEL-2016-0655 de 10 de agosto de 2016, delegó atribuciones a las distintas unidades de la ARCOTEL, dentro de las cuales se establecen las siguientes para el Coordinador General Jurídico:

**“Artículo 7. AL COORDINADOR GENERAL JURÍDICO.- (...)** b) Resolver lo que en derecho corresponda, respecto a las impugnaciones presentadas ante la ARCOTEL, con excepción de aquellas derivadas de Procedimientos Administrativos Sancionadores y Procedimientos Administrativos de Terminaciones sobre Servicio Móvil Avanzado, Servicio de Telefonía Fija y medios de comunicación social de carácter nacional. (...)”. (Subrayado fuera del texto original).

Es necesario aclarar que el caso materia de este análisis, corresponde a la prestación de Servicios de Valor Agregado de Acceso a Internet, el cual se aparta de la excepción establecida en el artículo 7, literal b) de la Resolución No. ARCOTEL-2016-0655 de 10 de agosto de 2016.

### 2.7 INSTRUCTIVO PARA EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE LA ARCOTEL, PUBLICADO EN EL REGISTRO OFICIAL No. 632 DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2015

**“Art. 1.-** El presente instructivo tiene por objeto normar la sustanciación del procedimiento administrativo sancionador, para el ejercicio de la potestad sancionadora atribuida legalmente a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, conforme a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos; los títulos habilitantes y demás normativa aplicable.”.



**“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 la impugnación de los actos administrativos de acuerdo a los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, títulos habilitantes y demás normativa complementaria”. (subrayado fuera del texto original).

**“Art. 3.-** El Procedimiento Administrativo Sancionador será iniciado, sustanciado y resuelto por el Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, conformado por las Coordinaciones Zonales, quienes determinarán la existencia de una infracción y, de ser el caso, impondrán las sanciones establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, títulos habilitantes y demás normativa aplicable.”.

**“Art. 4.-** Cuando se presuma la comisión de cualquiera de las infracciones establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos; sus reglamentos generales y demás normativa aplicable, incluyendo lo contemplado en los títulos habilitantes, el Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emitirá el acto de apertura y sustanciará el procedimiento administrativo sancionador hasta la expedición de la resolución respectiva”. (subrayado fuera del texto original).

**“Art. 5.-** En el ejercicio de la potestad sancionadora, se deben observar las disposiciones de la Constitución de la República, leyes, reglamentos, resoluciones y normas técnicas de carácter general de los diversos servicios sometidos a control de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, como son: **1.** Ley Orgánica de Telecomunicaciones y su Reglamento General, una vez que sea expedido.- (...) **3.** Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.- (...) **6.** Los títulos habilitantes, en lo que no se oponga a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.- **7.** Las resoluciones del ex CONATEL, ex CONARTEL, ex SUPERTEL y ex SENATEL en cuanto estuvieren vigentes y no contravengan el ordenamiento jurídico, en el ámbito de su competencia.- (...) **9.** El presente Instructivo.- **10.** Las demás aplicables”.

**“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 sancionadores sustanciados de conformidad con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, serán impugnadas exclusivamente de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 134 de la referida Ley.- Sin perjuicio de las decisiones adoptadas por la ARCOTEL, los usuarios podrán interponer las acciones legales de las que se consideren asistidos contra el prestador de servicios.”

**“Art. 36.- Recurso de Apelación.-** La resolución emitida por el Organismo Desconcentrado de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, podrá ser recurrida administrativamente en apelación ante el/la Director/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 trámite, cualquier otro recurso en sede administrativa que se interponga.- La resolución del recurso de apelación pondrá fin a vía administrativa.- De las resoluciones administrativas sancionatorias se podrán interponer las acciones judiciales que correspondan, ante los jueces competentes”. (Subrayado fuera de texto original).

**“Art. 38.- Término para resolver.-** El/la Directora Ejecutivo/a de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones o su Delegado/a, deberá resolver la apelación dentro del término de sesenta (60) días hábiles, contados desde la fecha de presentación del recurso.

Una vez suscrita la Resolución, el expediente será remitido a la Dirección de Documentación y Archivo, para que se encargue de la correspondiente notificación al interesado. Dicha Dirección se encargará del archivo y custodia del expediente.”.



En consecuencia, el Coordinador General Jurídico de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ejerce competencia para resolver el presente Recurso de Apelación, en cumplimiento del artículo 7, literal b) de la Resolución No. ARCOTEL-2016-0655 de 10 de agosto de 2016; y, el Director de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, tiene la atribución y responsabilidad para sustanciar Recursos Administrativos de Apelación en observancia del artículo 10, numeral 1.3.2.3, y acápites II y III literal b), del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

### III TRÁMITE PROPIO DE LA APELACIÓN

3.1 El trámite interno para la sustanciación del recurso de Apelación respecto a las resoluciones del procedimiento administrativo sancionador en la vía administrativa, se encuentra previsto en los artículos 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, 36, 37 y 38 del Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en todo aquello que no contrarie y no se oponga al texto de las normas legales y reglamentarias.

3.2 A través del memorando No. ARCOTEL-CZ6-2016-0580-M de 18 de marzo de 2016, la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 6 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, remite a la Unidad Jurídica de la citada Coordinación, el Informe Técnico No. IT-CZ6-C-2016-0114 de 2 de marzo de 2016, en el cual se concluye y recomienda lo siguiente:

#### *- 3 CONCLUSIONES*

- El permisionario se encuentra en operación de su sistema de servicio de valor agregado en la ciudad de Cuenca. (...)*
- De los 21 enlaces de MDBA punto - multipunto verificados, 9 de ellos utilizan frecuencias fuera de las bandas de frecuencias aprobadas en el artículo 6 de la NORMA PARA LA IMPLEMENTACIÓN Y OPERACIÓN DE SISTEMAS DE MODULACIÓN DIGITAL DE BANDA ANCHA (Resolución No. TEL-560-18-CONATEL-2010)*

#### *- 7 RECOMENDACIONES*

- Se recomienda remitir el presente informe a la unidad Jurídica para su respectivo análisis. (...)*

3.3 El 26 de agosto de 2016, el Coordinador Zonal 6 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, dictó el Acto de Apertura No. AA-CZO6-C-2016-0001, sustentado en el Informe Técnico No. IT-CZ6-C-2016-0114 de 2 de marzo de 2016, que contiene el resultado del control de los servicios de telecomunicaciones, sobre la verificación de características de operación, del nodo denominado "ICTO CRUZ CUE" del servicio de valor agregado de acceso a internet de la Permissionaria Eliana Vanessa Morocho Oña, en la ciudad de Cuenca, provincia del Azuay; y, en el Informe Jurídico No. IJ-CZO6-C-2016-0002 de 26 de agosto de 2016.

3.4 El 15 de noviembre de 2016, el Coordinador Zonal 6 de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, dictó la Resolución No. ARCOTEL-CZO6-C-2016-0007, en la cual se determinó que la señora Eliana Vanessa Morocho Oña al estar utilizando frecuencias destinadas al servicio de radionavegación, desde el nodo principal ICTO CRUZ CUE, hacia el sector Misicata, Chilcapamba, Abelardo J. Andrade, Miraflores Orlando Lazo, Sinincay, sin contar con ello con el correspondiente título habilitante correspondiente, por lo que incurrió en la infracción de tercera clase, prevista en el artículo 119, literal b), numeral 2 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; y, se le impuso la sanción económica de \$ 10.993,73 (DIEZ MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES CON SETENTA Y TRES CENTAVOS DE DÓLAR), de los Estados Unidos de América.

3.5 Según se desprende del memorando No. ARCOTEL-CZO6-2016-0795-M de 29 de noviembre de 2016, la señora Eliana Vanessa Morocho Oña, fue notificada de manera formal y auténtica el 17



de noviembre de 2016, con el contenido de la Resolución No. ARCOTEL-CZO6-C-2016-0007 de 15 de noviembre de 2016.

- 3.6 La señora Eliana Vanessa Morocho mediante escrito ingresado en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007400-E de 6 de diciembre de 2016, dirigido a la Directora Ejecutiva de la ARCOTEL, interpuso "RECURSO DE APELACIÓN" en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO6-C-2016-0007 de 15 de noviembre de 2016.
- 3.7 En atención a la petición de suspensión de la ejecución de la Resolución No. ARCOTEL-CZO6-C-2016-0007 de 15 de noviembre de 2016, solicitado a través del Recurso de Apelación presentado en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, el 6 de diciembre de 2016 con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007400-E, mediante oficio No. ARCOTEL-CJUR-2016-0019-OF de 23 de diciembre de 2016, la Coordinación General Jurídica de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, señaló entre otros aspectos: "(...) Es necesario aclarar que el caso materia de este análisis, corresponde al servicio de valor agregado, el cual se aparta de la regla o condición establecida en el artículo 7, literal b) de la Resolución Nro. ARCOTEL-2016-0655 de 10 de agosto de 2016.

*En consecuencia, corresponde a la Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, conocer y sustanciar los reclamos o recursos administrativos presentados en contra de los actos administrativos o resoluciones emitidas por la ARCOTEL; y, al Coordinador General Jurídico, en calidad de delegado de la Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, conocer y decidir la mentada solicitud.*

*El artículo 189, numerales 1 y 2 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE en su orden establecen: "**Suspensión de la ejecución.- 1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.- 2. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, 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;**". (Negrita fuera del texto original), circunstancia que conlleva a analizar la procedencia o no de la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución ARCOTEL-CZO6-C-2016-0007 de 15 de noviembre de 2016, emitida por la Coordinación Zonal 6 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL.*

*Respecto de la suspensión de la ejecución del acto administrativo Roberto Dromi<sup>1</sup>, en su obra denominada "Derecho Administrativo", señala:*

*"4.3 Causas. La eficacia y la ejecución del acto quedarán suspendidas cuando lo exigen razones de interés público o para evitar perjuicios graves, o se invoque una ilegalidad manifiesta. Ello sin perjuicio de que: a) una norma expresa otorgue efectos suspensivos a los recursos que se interpongan contra el acto administrativo, y b) la ley o la naturaleza del acto exijan la intervención judicial, o sea, que la Administración no puede ejecutar el acto por sí y ante sí, sino por vía judicial, por ejemplo, un desalojo.- Por lo tanto las causas por las que procede la suspensión son:*

- a) Razones de interés público. Si bien la ley no siempre determina con precisión los alcances de la fórmula elástica de contenido discrecional, "razones de interés público", hay que interpretar que, entre otros casos, ella no procede en los supuestos en que la ejecución del acto determine:*
- 1) la suspensión de un servicio público;*
  - 2) la suspensión del uso colectivo de un bien afectado al dominio público;*
  - 3) una subversión de la moral necesaria en el orden disciplinario o jerárquico;*

<sup>1</sup>DROMI ROBERTO 2006. Derecho Administrativo. Buenos Aires; Editorial ciudad Argentina Hispania Libros; p. 390, 392 y 393



- 4) una traba en la percepción regular de contribuciones fiscales y
- 5) si hubiere peligro de grave trastorno del orden público, seguridad, moralidad o higiene pública.

Por lo demás, las llamadas "razones de interés público" traducen un criterio de mera oportunidad o simple conveniencia que permite la suspensión del acto, pero sólo en sede administrativa, no en sede judicial, pues el órgano judicial sólo fiscaliza aspectos atinentes a la "legitimidad", no a la "oportunidad" o el mérito.

- b) **Perjuicios graves.** En un principio para fundamentar la suspensión, se invocó el criterio del daño irreparable. En cuyo mérito procedía la suspensión cuando se daba esa situación. Tal criterio se abandonó, porque el Estado no puede producir nunca "perjuicios irreparables", dada su indiscutida condición de solvencia material (*fiscus Semper solvens*). Por otra parte, no se podía aguardar a que el daño se produjera, y se perfeccionara, por ende, la violación del orden jurídico para obtener la suspensión de los efectos del acto administrativo.- Después se utilizó la fórmula "daño de difícil o imposible reparación" y "daño proporcionalmente mayor que los perjuicios que la suspensión" irrogaría a la autoridad pública, y ahora simplemente se habla de perjuicios graves. Se entiende por ello que el acto debe suspenderse cuando su cumplimiento produce mayores perjuicios que su suspensión, a juicio de la Administración Pública. Este criterio tiene, desde luego, un carácter contingente, aunque de rigor jurídico impuesto por los límites de la actividad discrecional y los principios de equidad que rodean el caso concreto. (...). (Subrayado fuera del texto original).

En el caso que nos ocupa, el acto impugnado es el resultado de la aplicación cabal del ordenamiento legal y las obligaciones establecidas en el título habilitante, por tanto no se considera que pueda causar a la administrada perjuicio, peor aún que éstos sean de imposible o difícil reparación.

Por lo expresado antes, le comunico que, resulta jurídicamente improcedente suspender la ejecución de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZO6-2016-0007 de 15 de noviembre de 2016, establecida por el Coordinador Zonal 6 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones."

- 3.8 Mediante escrito presentado en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-008795-E de 30 de diciembre de 2016, la recurrente insiste en la suspensión de la ejecución de la Resolución No. ARCOTEL-CZO6-C-2016-0007 de 15 de noviembre de 2016, para lo cual la Coordinación General Jurídica, mediante oficio No. ARCOTEL-CJUR-2017-0004-OF de 23 de enero de 2017, entre otros aspectos señaló. "En el oficio Nro. ARCOTEL-CJUR-2016-0019-OF de 23 de diciembre de 2016, esta Institución examinó jurídicamente la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución No. ARCOTEL-CZO6-C-2016-0007, expresado por la señora Eliana Vanessa Morocho Oña en el escrito presentado con documento Nro. ARCOTEL-DEDA-2016-007400-E, detallando exhaustivamente los fundamentos de derecho que amparan su potestad legal para considerar improcedente la suspensión de la ejecución de la mentada resolución; no obstante en atención al escrito recibido en la ARCOTEL con el documento Nro. ARCOTEL-DEDA-2016-008795-E se señala que la nombrada recurrente no ha tomado en cuenta lo determinado en el segundo inciso del artículo 132 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que establece: "La imposición de recursos administrativos o judiciales contra las resoluciones de los procedimientos administrativos sancionadores no suspende su ejecución.", (Negrita y Subrayado fuera del texto original), lo cual significa que el acto administrativo, independiente de la impugnación interpuesta, no suspende su ejecución; cabe anotar que todo acto administrativo es válido, legítimo y por tanto ejecutoriable, hasta que la autoridad competente no declare lo contrario. En este sentido, cabe mencionar al tratadista ecuatoriano, Patricio Secaira Durango, quien en su obra denominada Curso Breve de Derecho Administrativo, página 182, sostiene: "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 (...); adicionalmente vale considerar la obra Tratado de Derecho Administrativo de Miguel S. Marienhoff Tomo II páginas 368, 369 y 374, en el que la presunción de legitimidad 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 actos sin que los recursos, mediante los cuales se discute su validez, suspendan su ejecución. En este contexto la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, está impedida legalmente de acoger argumentos como los esgrimidos por la recurrente, cuando alega que su capacidad económica no le permite pagar el valor de la multa.*

*Por lo expresado antes, le comunico que, resulta jurídicamente improcedente suspender la ejecución de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZO6-2016-0007 de 15 de noviembre de 2016, dictada por el Coordinador Zonal 6 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.”.*

- 3.9 Mediante memorando No. ARCOTEL-CZO6-2017-0078-M de 12 de enero de 2017, el Coordinador Zonal 6 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, remite a la Dirección de Impugnaciones de la ARCOTEL, copia certificada del expediente del procedimiento administrativo sancionador que concluyó con la Resolución No. ARCOTEL-CZO6-C-2016-0007 de 15 de noviembre de 2016.
- 3.10 Mediante providencia de 22 de febrero de 2017, la Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en lo principal dispuso: **“AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES ARCOTEL.- DIRECCIÓN DE IMPUGNACIONES.-** Quito, a 22 de febrero de 2017, a las 08h30.- **RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN** No. ARCOTEL-CZO6-C-2016-0007.- (...) **SEGUNDO.-** Mediante memorando No. ARCOTEL-CTHB-2016-0067-M de 5 de septiembre de 2016 el Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes, en atención a la solicitud del Coordinador Zonal 6 de la ARCOTEL, efectuado mediante memorando No. ARCOTEL-CZO6-2016-0190-M de 29 de agosto de 2016, en el cual solicita información relacionada con los ingresos por el servicio de valor agregado de acceso a internet de la señora Eliana Vanessa Morocho Oña, señala: “(...) Esta Unidad no cuenta con la información económica financiera del poseedor de Título Habilitante, en razón de que no ha cumplido con lo establecido en el Resolución ARCOTEL-2015-0936 de 24 de diciembre de 2015 (...)”. La señora Eliana Vanessa Morocho Oña en el Recurso de Apelación presentado en esta Institución el 6 de diciembre de 2016 con el Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007400-E, en el acápite III señala: **“MULTA DESPROPORCIONADA (...)** De conformidad con el tercer inciso del Art. 9 de la Resolución No. ARCOTEL-2015-0936 del 24 de diciembre de 2015, los prestadores de Servicios de Valor Agregado de Acceso a Internet, estamos en la obligación de presentar cada año, de forma anualizada el “Formulario de Homologación de Ingresos, Costos y Gastos por Tipo de Servicio de Telecomunicaciones y Radiodifusión”, por tipo de servicio, **el cual fue presentado por la suscrita en la tesorería de la ARCOTEL, el 01 de agosto de 2016, conforme lo justifico con la copia que adjunto al presente (...)**”. (Negrita y subrayado fuera del texto original), por lo indicado y previa verificación de la información presentada por la recurrente que en copia anexo, se solicita a la Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes, proporcione a la Dirección de Impugnaciones, en el término de cuatro días (4) días contados a partir del siguiente día hábil al de la fecha de notificación de esta providencia, la información relacionada con los ingresos por el Servicio de Valor Agregado de acceso a Internet de la citada permissionaria, en observancia del artículo 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. **TERCERO.-** De conformidad con el artículo 183 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, se dispone a la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, para que en el término de siete (7) días contados a partir del siguiente día hábil al de la fecha de notificación de esta providencia, remita el informe técnico respecto de los argumentos esgrimidos en la apelación presentada.- **CUARTO:** En virtud del requerimiento antes señalado, por ser determinante en el contenido de la resolución, al amparo de lo señalado en el artículo 115, numeral 5, letra b) del



*Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, se dispone la suspensión del plazo máximo legal para resolver en veinte (20) días hábiles.- (...)*”.

- 3.11 Mediante memorando No. ARCOTEL-CTDG-2017-0016-M de 3 de marzo de 2017 la Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes remitió a la Dirección de Impugnaciones la información relacionada con los ingresos por el Servicio de Valor Agregado de Acceso a Internet de la Permissionaria Eliana Vanessa Morocho Oña, en observancia del artículo 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.
- 3.12 A través del memorando No. ARCOTEL-CCDS-2017-0113-M de 8 de marzo de 2017 la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones remitió a la Dirección de Impugnaciones el Criterio Técnico al Recurso de Apelación a la Resolución No. ARCOTEL-CZO6-C-2016-0007 de 15 de noviembre de 2016.

#### IV ANÁLISIS DE FONDO

##### 4.1 RESOLUCIÓN APELADA

El Coordinador Zonal 6 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, luego de la sustanciación del respectivo procedimiento administrativo sancionador, en ejercicio de sus atribuciones y dentro de la esfera de su jurisdicción y competencia<sup>2</sup>, dictó la Resolución No. ARCOTEL-CZO6-C-2016-0007 de 15 de noviembre de 2016, en la que se resolvió lo siguiente:

*“(…) Artículo 1.- DECLARAR que la señora ELIANA VANESSA MOROCHO OÑA, al estar utilizando frecuencias destinados al servicio de radionavegación, desde el nodo principal ICTO CRUZ CUE, hacia el sector Misicata, Chilcapamba, Abelardo J. Andrade, Miraflores Orlando Lazo, Sinincay, sin contar con ello con el correspondiente título habilitante correspondiente, por lo tanto incurre en la infracción de tercera clase prevista en el artículo 119 letra b) número 2 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.*

*Artículo 2.- IMPONER a la señora ELIANA VANESSA MOROCHO OÑA, de conformidad con lo establecido en la letra c) del artículo 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la multa de 10.993,73 DIEZ MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES CON SETENTA Y TRES CENTAVOS DE DÓLAR, equivalente al 5% de lo establecido en el artículo 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (...)*”. (Subrayado fuera del texto original).

##### 4.2 ARGUMENTOS DE LA OPERADORA

La señora Eliana Vanessa Morocho Oña, interpuso Recurso de Apelación en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO6-C-2016-0007 de 15 de noviembre de 2016, mediante escrito ingresado el 6 de diciembre de 2016 en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007400-E, argumentando en lo principal, lo siguiente:

*“(…) Por otra parte se debe indicar que los fundamentos de derecho establecidos en el Acto de Apertura, y en la Resolución que apelo, todos ellos no coinciden respecto a la circunstancia fáctica que se requiere fundamentar; tal como lo demostraré a continuación:*

- *El Art. 14 de la NORMA PARA LA IMPLEMENTACIÓN Y OPERACIÓN DE SISTEMAS DE MODULACIÓN DIGITAL DE BANDA ANCHA, dispone.*

*Respecto de los sistemas privados:- Cuando la aplicación que se dé a un Sistema de Modulación Digital de Banda Ancha corresponda a sistemas privados, es decir que se prohíbe expresamente el*

<sup>2</sup> ALARCÓN Lucía, El Procedimiento Administrativo Sancionador y los Derechos Fundamentales, España, Editorial Aranzadi, SA, Navarra, Primera Edición, 2007, pág. 100, señala: “Los procedimientos sancionadores garantizarán al presunto responsable los siguientes derechos: A ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia.”. (Negrita y subrayado fuera del texto original).



*alquiler del sistema a terceras personas, el concesionario deberá obtener previamente el título habilitante respectivo, de conformidad con la normativa vigente.*

*Este fundamento de derecho no tiene nada que ver con el hecho fáctico que se investiga, pues como se establece en el Informe Técnico No. IT-CZ6-C-2016-0114, las frecuencias que venía operando la suscrita dentro del sistema de modulación digital de banda ancha de mi sistema, si bien son destinadas al servicio de RADIONAVEGACIÓN AERONÁUTICA, MÓVIL AERONÁUTICO, EXPLOTACIÓN DE LA TIERRA POR SATÉLITE INVESTIGACIÓN ESPACIAL, en este caso se venían utilizando para brindar el servicio de valor agregado de acceso a internet, servicio público de telecomunicaciones conforme lo establece el Art. 35 y el número 1 del Art. 36 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, particular con el cual se demuestra que de ninguna manera el servicio que se venía brindando es para un sistema privado. (...)*

*La única norma que tendría relación con la infracción que hemos manifestado en párrafos anteriores, es por la cual se debía iniciar el presente procedimiento administrativo sancionatorio, es la contenida en el número 3 del Art. 24 de la ley Orgánica de Telecomunicaciones, que dispone: "3 Cumplir y respetar esta Ley, sus reglamentos, los planes técnicos, normas técnicas y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la información así como lo dispuesto en los títulos habilitantes"; pues según las conclusiones contenidas en el Acto de Apertura y en su informe jurídico el incumplimiento en el que ha incurrido la suscrita, es el hecho de haber inobservado la NORMA PARA LA IMPLEMENTACIÓN Y OPERACIÓN DE SISTEMAS DE MODULACIÓN DIGITAL DE BANDA ANCHA, CONDUCTA QUE NO ESTARÍA ADECUADA A LA INFRACCIÓN CONTENIDA EN EL NÚMERO 2 DE LA LETRA B) DEL ARTÍCULO 119 DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES, SINO MAS BIEN EN EL NÚMERO 16 DE LA LETRA B) DEL ART. 117 DE LA REFERIDA LEY (...)"*

*Con lo anotado se evidencia un cumulo (sic) de errores en la identificación de las normas de derecho público que fundamenta el inicio del presente procedimiento administrativo sancionatorio y un error (...) en la calificación de la infracción administrativa (...)*

*MULTA DESPROPORCIONADA (...) De conformidad con el tercer inciso del Art. 9 de la Resolución No. ARCOTEL-2015-0936 del 24 de diciembre de 2015, los prestadores de Servicios de Valor Agregado de Acceso a Internet, estamos en la obligación de presentar cada año, de forma anualizada el "Formulario de Homologación de Ingresos, Costos y Gastos por Tipo de Servicio de Telecomunicaciones y Radiodifusión", por tipo de servicio, **el cual fue presentado por la suscrita en la tesorería de la ARCOTEL, el 01 de agosto de 2016, conforme lo justifico con la copia que adjunto al presente (...)**". (Negrita y subrayado fuera del texto original).*

#### **4.3 MOTIVACION**

##### **3.3.1. ANÁLISIS TÉCNICO SOBRE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Con memorando No. ARCOTEL-CCDS-2017-0113-M de 8 de marzo de 2017, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, realiza el análisis de los argumentos presentados por la señora Eliana Vanessa Morocho Oña, mediante escrito recibido con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007400-E, específicamente sobre los argumentos relacionados con los hechos expuestos en el Acto de Apertura que motivan la incoación del procedimiento, emite su criterio técnico expresando lo siguiente:

#### **"(...) ANÁLISIS DE LA DIRECCIÓN TÉCNICA DE CONTROL DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES**

- 1. El ex Consejo Nacional de Telecomunicaciones, con Resolución No. TEL-560-18-CONATEL-2010, Registro Oficial 305 de 21 de octubre de 2010, aprobó la "Norma para la implementación y operación de sistema de modulación digital de banda ancha", la cual tiene por objeto regular la instalación y operación de sistemas que utilizan técnicas de modulación digital de banda ancha en los rangos de frecuencias que determine el ex CONATEL. Para efecto de éste análisis se*



citan los siguientes artículos:

- 1.1. "Art. 5.- **Características de los sistemas de modulación digital de banda ancha.**- Los sistemas de modulación de banda ancha son aquellos que se caracterizan por:  
(...)  
e) Operar en bandas de frecuencias inscritas en el cuadro de atribución de bandas de frecuencias."
- 1.2. "Art. 6.- **Bandas de frecuencias.**- Se aprobará la operación de sistemas de radiocomunicaciones (incluyendo radiodifusión sonora), que utilicen técnicas de modulación digital de banda ancha en las siguientes bandas de frecuencias:

BANDA (MHz)
902 – 928
2400 – 2483.5
5150 – 5250
5250 – 5350
5470 – 5725
5725 – 5850

(...)."

2. El Informe N° IT-CZ6-C-2016-0114 de 2 de marzo de 2016, contiene la información respecto de la inspección realizada el 24 de febrero de 2016, a las instalaciones del prestador del servicio de acceso a internet MOROCHO OÑA ELIANA VANESSA (antes denominado servicio de valor agregado modalidad acceso a internet), el cual concluye, entre otros puntos, el siguiente:

"(...)

- De los 21 enlaces de MDBA punto – multipunto verificados, 9 de ellos utilizan frecuencias fuera de las bandas de frecuencias aprobadas en el artículo 6 de la NORMA PARA LA IMPLEMENTACIÓN Y OPERACIÓN DE SISTEMAS DE MODULACIÓN DIGITAL DE BANDA ANCHA (Resolución No. TEL-560-18-CONATEL-2010)."

Analizado el informe de la inspección, efectivamente se determinó que, de los 21 enlaces de MDBA punto-multipunto, utilizados para brindar el servicio de acceso a internet, 9 de ellos utilizan frecuencias fuera de las bandas de frecuencias MDBA establecidas en el artículo 6 de la "Norma para la implementación y operación de sistemas de modulación digital de banda ancha", detallados a continuación:

Nodo A	SSID	Frecuencia Central (MHz)
ICTO CRUZ CUE	IC-TOMBAMBA	5120
	IC-GCOLOMBIA	5140
	IC-MISICATA	5040
	IC-CHILCA	5460
	IC-ABELARDO	5100
	IC-NORTE	5360
	IC-MIRA	5400
	IC-ORDONEZ	5440
	IC-SININCAY	5420

3. Mediante oficio s/n de 19 de septiembre de 2016, documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-002635 de 20 de septiembre de 2016, el prestador MOROCHO OÑA ELIANA VANESSA, en atención a varios oficios, entre ellos, el oficio Nro. ARCOTEL-CZO6-2016-0101-OF y Acto de Apertura N°. AA-CZO6-C-2016-0001, manifiesta que, por un error del técnico asignado en la ciudad de Cuenca

usó frecuencias diferentes a las asignadas a MDBA en equipos en la etapa de prueba de cobertura; además informa que, las frecuencias han sido corregidas para lo cual adjunta las capturas de pantalla.

El prestador en su contestación pertinente a las bandas de frecuencias, al indicar que fue un error ocasionado por un técnico al usar frecuencias diferentes a las asignadas para MDBA, está ratificando lo dicho en el Informe N° IT-CZ6-C-2016-0114 de 2 de marzo de 2016, manifestando además que ya fue corregido.

4. Con Informe Nro. IT-CZO6-C-2016-0158 de 4 de octubre de 2016, la Coordinación Zonal 6 concluye que, la información presentada por el prestador MOROCHO OÑA ELIANA VANESSA, con oficio s/n de 19 de septiembre de 2016, documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-002635 de 20 de septiembre de 2016, no se opone a lo citado en el informe técnico N° IT-CZ6-C-2016-0114, referente a la operación de 9 enlaces radioeléctricos punto-multipunto en bandas de frecuencias diferentes a las asignadas a MDBA, sobre el cual se sustenta el Acto de Apertura N°. AA-CZO6-C-2016-0001; además, presenta las nuevas frecuencias designadas para los 9 enlaces de MDBA.
5. Con Informe Nro. IT-CZO6-C-2016-0195 de 13 de octubre de 2016, la Coordinación Zonal 6 verificó que, las nuevas frecuencias asignadas a los 9 enlaces radioeléctricos punto-multipunto, estén operando en las bandas de frecuencias para MDBA, comprobándose lo dicho por el prestador en el oficio s/n de 19 de septiembre de 2016.

La Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL, luego del análisis técnico de los resultados presentados anteriormente, ha determinado lo siguiente:

- El prestador MOROCHO OÑA ELIANA VANESSA, al momento de la inspección de control realizada el 24 de febrero de 2016, que originó el informe N° IT-CZ6-C-2016-0114 de 2 de marzo de 2016, operaba 21 enlaces radioeléctricos punto-multipunto de MDBA para dar el servicio de acceso a internet, de los cuales 9 de ellos utilizaban frecuencias fuera de las bandas de frecuencias detalladas en el artículo 6 de la "Norma para la implementación y operación de sistemas de modulación digital de banda ancha".
- El prestador MOROCHO OÑA ELIANA VANESSA, en su contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. AA-CZO6-2016-0001 de 26 de agosto de 2016, admite que, un técnico incurrió en el error de usar frecuencias diferentes a las asignadas a MDBA, por lo tanto, el prestador está aceptando el hecho del incumplimiento del literal e) del artículo 5 de la "Norma para la implementación y operación de sistemas de modulación digital de banda ancha".

Con respecto a los argumentos presentados en la apelación, mediante el cual el prestador MOROCHO OÑA ELIANA VANESSA indica que, existe un error en la tipificación de la infracción imputada, a criterio de esta Dirección Técnica; el hecho imputado es operar 9 enlaces radioeléctricos punto-multipunto fuera de la banda de frecuencias de MDBA para dar el servicio de acceso a internet, esto es, existe un incumplimiento a una norma.

#### CONCLUSIÓN:

En atención a la disposición de la Dirección de Impugnaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en referencia al Recurso de Apelación interpuesto por el prestador MOROCHO OÑA ELIANA VANESSA, en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO6-C-2016-0007 de 15 de noviembre de 2016, luego del análisis de los argumentos presentados por el prestador en el escrito ingresado a esta Agencia con documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007400-E de 6 de diciembre de 2016, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones, técnicamente ha determinado que, sí existió incumplimiento susceptible de sanción, pero que el hecho fáctico es diferente a lo que se tipifica, por lo tanto **son aceptables** los argumentos expuestos en el Recurso de Apelación presentado por el prestador, pues se ha comprobado que, el prestador MOROCHO OÑA ELIANA VANESSA al operar 9 enlaces para dar el servicio de internet en bandas de frecuencias diferentes a las de MDBA **incumplió la "Norma para la implementación y operación de sistemas de modulación digital de banda ancha"**.

#### 4.3.2. ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Mediante Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2017-0035 de 28 de marzo de 2017, se emitió el criterio jurídico correspondiente, del cual se transcribe lo siguiente:

*“El procedimiento administrativo sancionador que concluyó con la resolución impugnada, fue sustanciado de conformidad con el trámite previsto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.*

##### **ARGUMENTOS DEL RECURSO**

###### **◆ PRIMERO: TÉRMINO PARA PRESENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN**

*La señora Eliana Vanessa Morocho Oña, permisionaria del Servicio de Valor Agregado de Acceso a Internet mediante escrito ingresado el 6 de diciembre de 2016 a las 12:32, en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007400-E, apela a la Resolución No. ARCOTEL-CZO6-2016-0007 de 15 de noviembre de 2016, dentro del término de quince (15) días previsto en el inciso primero del artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 180 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva ERJAFE.*

###### **◆ SEGUNDO: PRINCIPIO DE JURIDICIDAD QUE RIGE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

*En el capítulo séptimo, nuestra norma fundamental en su artículo 226 consagra el principio de legalidad, el cual textualmente dispone:*

*“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 finés y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”. (Negrita fuera del texto original).*

*Debemos recordar que la competencia deriva del principio de juridicidad o legalidad<sup>3</sup> prescrito en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador. De acuerdo al nombrado principio, el Estado y sus instituciones no pueden actuar y están impedidos de ejercer actividad alguna, mientras no exista Ley que le asigne competencias y le determine el procedimiento para poder desarrollar su actividad.*

*La prescripción constitucional somete a las instituciones a la Norma Suprema y a la Ley, los servidores y servidoras e incluso a las personas que actúan en virtud de la potestad estatal, por tanto, todas y cada una de sus acciones o decisiones deben producirse en el marco de lo prescrito en el ordenamiento jurídico. Partiendo de esta disposición constitucional debe entenderse que la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, y quienes ejercen las competencias otorgadas por la Ley a esta entidad, deben someter sus actuaciones, de forma estricta, a lo prescrito en el ordenamiento jurídico.*

*Durante todo el procedimiento, se observó el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, en especial lo dispuesto en la letra a, del número 7, del referido artículo, esto es: “Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.”.*

*Del expediente administrativo sancionador y del análisis del mismo, se determina que se ha dado cumplimiento con el procedimiento establecido en los artículos 125 al 132 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.*

<sup>3</sup> MORALES Marco. Manual de Derecho Procesal Administrativo. Quito - Ecuador, CEP, Primera Edición, 2010, pág. 90, manifiesta: “(...) toda actividad de la autoridad administrativa, debe circunscribirse a normas preestablecidas, concebidas como fronteras dentro de las cuales debe desenvolverse el obrar administrativo. Refiriéndose a este extremo demarcatorio, el constantemente citado tratadista argentino Roberto Dromi (1999) explica que “éste tiene una significación objetiva, por ser, simultáneamente, la línea delimitadora de los comportamientos ‘permitidos’ y la empalizada que impide los comportamientos ‘prohibidos’ ello motiva el bloque de la legalidad, o principio de juridicidad”.”



◆ **TERCERO: SUBSUNCIÓN INEXACTA**

En el escrito recibido en esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007400-E la señora Eliana Vanessa Morocho Oña, expone argumentos, con énfasis en lo siguiente:

*"(...) Por otra parte se debe indicar que los fundamentos de derecho establecidos en el Acto de Apertura, y en la Resolución que apelo, todos ellos no coinciden respecto a la circunstancia fáctica que se requiere fundamentar; tal como lo demostraré a continuación:*

- *El Art. 14 de la NORMA PARA LA IMPLEMENTACIÓN Y OPERACIÓN DE SISTEMAS DE MODULACIÓN DIGITAL DE BANDA ANCHA, dispone.*

*'Respecto de los sistemas privados:- Cuando la aplicación que se dé a un Sistema de Modulación Digital de Banda Ancha corresponda a sistemas privados, es decir que se prohíbe expresamente el alquiler del sistema a terceras personas, el concesionario deberá obtener previamente el título habilitante respectivo, de conformidad con la normativa vigente'.*

*Este fundamento de derecho no tiene nada que ver con el hecho fáctico que se investiga, pues como se establece en el Informe Técnico No. IT-CZ6-C-2016-0114, las frecuencias que venía operando la suscrita dentro del sistema de modulación digital de banda ancha de mi sistema, si bien son destinadas al servicio de RADIONAVEGACIÓN AERONÁUTICA, MÓVIL AERONÁUTICO, EXPLOTACIÓN DE LA TIERRA POR SATÉLITE INVESTIGACIÓN ESPACIAL, en este caso se venían utilizando para brindar el servicio de valor agregado de acceso a internet, servicio público de telecomunicaciones conforme lo establece el Art. 35 y el número 1 del Art. 36 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, particular con el cual se demuestra que de ninguna manera el servicio que se venía brindando es para un sistema privado. (...)*

*La única norma que tendría relación con la infracción que hemos manifestado en párrafos anteriores, es por la cual se debía iniciar el presente procedimiento administrativo sancionatorio, es la contenida en el número 3 del Art. 24 de la ley Orgánica de Telecomunicaciones, que dispone: "3 Cumplir y respetar esta Ley, sus reglamentos, los planes técnicos, normas técnicas y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la información así como lo dispuesto en los títulos habilitantes"; pues según las conclusiones contenidas en el Acto de Apertura y en su informe jurídico el incumplimiento en el que ha incurrido la suscrita, es el hecho de haber inobservado la NORMA PARA LA IMPLEMENTACIÓN Y OPERACIÓN DE SISTEMAS DE MODULACIÓN DIGITAL DE BANDA ANCHA, CONDUCTA QUE NO ESTARÍA ADECUADA A LA INFRACCIÓN CONTENIDA EN EL NÚMERO 2 DE LA LETRA B) DEL ARTÍCULO 119 DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES, SINO MAS BIEN EN EL NÚMERO 16 DE LA LETRA B) DEL ART. 117 DE LA REFERIDA LEY (...)"*

*Con lo anotado se evidencia un cúmulo (sic) de errores en la identificación de las normas de derecho público que fundamenta el inicio del presente procedimiento administrativo sancionatorio y un error (...) en la calificación de la infracción administrativa (...)"*

Al respecto esta Dirección señala lo siguiente:

**Antecedente factico, hecho o conducta que impulsa el desarrollo del procedimiento**

*Es pertinente mencionar que el hecho reportado por la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 6 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en el Informe Técnico No. IT-CZ6-C-2016-0114 de 2 de marzo de 2016, que sustentó el inicio del procedimiento administrativo sancionador, contiene de manera sucinta la verificación de características de operación, del nodo denominado "ICTO CRUZ" del servicio de valor agregado de acceso a internet de la permissionaria Eliana Vanessa Morocho Oña, en la ciudad de Cuenca provincia del Azuay, en el cual se concluye y recomienda lo siguiente:*

*"- 3 CONCLUSIONES*



- El permisionario se encuentra en operación de su sistema de servicio de valor agregado en la ciudad de Cuenca. (...)
- De los 21 enlaces de MDBA punto - multipunto verificados, 9 de ellos utilizan frecuencias fuera de las bandas de frecuencias aprobadas en el artículo 6 de la NORMA PARA LA IMPLEMENTACIÓN Y OPERACIÓN DE SISTEMAS DE MODULACIÓN DIGITAL DE BANDA ANCHA (Resolución No. TEL-560-18-CONATEL-2010)

- 7 RECOMENDACIONES

- Se recomienda remitir el presente informe a la unidad Jurídica para su respectivo análisis. (...)."

En el Informe Técnico No. IT-CZ6-C-2016-0114 de 2 de marzo de 2016 se consignan datos de la inspección realizada el 24 de febrero de 2016 a las instalaciones del SVA de la Permisinaria Morocho Oña Eliana Vanessa, diligencia efectuada por servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, quienes luego de realizar la verificación y el control de los 21 enlaces de MDBA punto-multipunto, determinaron el hecho ya descrito, por lo que el citado Informe Técnico, a más de su carácter especializado y objetivo goza de fuerza probatoria, como señala la doctrina que sobre este asunto se ha generado en el derecho comparado, la cual señala: "(...) del acta de inspección (...) es necesario satisfacer dos requisitos para asegurar su fiabilidad. El primero se refiere a las características que debe reunir el sujeto que las realiza. Tiene que ser un órgano administrativo con competencia objetiva y expresa para ello por razón de su cargo, de carácter especializado o cualificado para desempeñar esa tarea y con absoluto desinterés personal en el asunto. El segundo requisito alude a la labor que ha de realizar el órgano que debe valorarlas.<sup>4</sup>", características presentes en el Informe Técnico No. IT-CZ6-C-2016-0114, consecuentemente este ostenta la calidad de una presunción de hecho o "iuris tantum", lo que jurídicamente conlleva a que dicho Informe Técnico se constituya en una prueba de cargo, susceptible de contradicción por parte de la permisinaria, y a la vez sometida al principio de valoración racional por parte de la Autoridad Administrativa competente, por lo que no se afecta el derecho a la defensa de la inculpada, ni las garantías del debido proceso.

**Acto de Apertura (Pliego de cargos) y Acto Administrativo Impugnado**

Determinado el elemento fáctico, a fin de que la operadora ejerza su derecho a la defensa, la Coordinación Zonal 6 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones realizó la calificación jurídica del hecho imputado.

A través del Acto de Apertura No. AA-CZO6-C-2016-0001 de 26 de agosto de 2016, la referida Coordinación comunicó a la señora Eliana Vanessa Morocho Oña, del inicio del procedimiento administrativo sancionador, por considerar que:

"(...) Con estos lineamientos, en ejercicio de las atribuciones legales y con sustento en la normativa expuesta, el 24 de febrero de 2016, el área técnica de la coordinación Zonal 6 de la ARCOTEL, realizó una inspección a las instalaciones del SVA de la señora SEÑORA ELIANA VANESSA MOROCHO OÑA, sistema denominado IPLANET, en la ciudad de Cuenca, determinando que los enlaces inalámbricos punto-multipunto se encuentran en la banda de frecuencias destinadas al servicio de RADIONAVEGACIÓN AERONAÚTICA, MÓVIL AERONAÚTICO, EXPLOTACIÓN DE LA TIERRA POR SATÉLITE, INVESTIGACIÓN ESPECIAL, utilizados desde el nodo principal ICTO CRUZ CUE, para servir a Cuenca sector Cda Tomebamba, Av. Gran Colombia Cuenca Sector Misicata, Chilcapamba., Abelardo J Andrade, sector norte, Miraflores, Ordóñez Lazo; Sinincay, por lo que estaría operando con frecuencias fuera de la banda de frecuencias aprobadas para MDBA en el artículo 6 de la NORMA PARA LA IMPLEMENTACIÓN Y OPERACIÓN DE SISTEMAS DE MODULACIÓN DIGITAL DE BANDA ANCHA.

Por lo que con dicha conducta la expedientada estaría incumpliendo lo dispuesto en los artículos 5 letra e) de la NORMA PARA LA IMPLEMENTACIÓN Y OPERACIÓN DE SISTEMAS DE MODULACIÓN DIGITAL DE BANDA ANCHA, artículo 13, y 24 números 2 y 3 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Descrito el hecho

<sup>4</sup> ALARCÓN SOTOMAYOR Lucía, El Procedimiento Administrativo Sancionador y los Derechos Fundamentales, Editorial Aranzadi, SA, Navarra, Primera Edición, 2007.



y delimitadas las normas que habrían sido inobservadas, de determinarse la existencia del elemento fáctico y la responsabilidad de la imputada en el mismo, la señora ELIANA VANESSA MOROCHO OÑA, **podría incurrir en la infracción de tercera clase tipificada en el número 2 de la letra b del Art. 119 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. (...)**". (Negrita y subrayado fuera del texto original).

De la revisión al expediente se ha verificado que la Coordinación Zonal 6 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, el 8 de septiembre de 2016, mediante oficio No. ARCOTEL-CZO6-2016-0101-OF de 5 de los mismos mes y año, efectuó la notificación de manera formal y auténtica con el contenido del Acto de Apertura No. AA-CZO6-C-2016-0001 de 26 de agosto de 2016, a la Permisionaria Eliana Vanessa Morocho Oña, al cual se adjuntaron en su integridad los informes jurídico, técnico y sus anexos, lo cual permitió a la inculpada ejercer el derecho a la defensa en acatamiento de las garantías o reglas propias del debido proceso, en el ámbito administrativo, conforme lo prescribe el artículo 76, literales a), b) y h) de la Constitución de la República.

Como resultado de la sustanciación del procedimiento administrativo sancionador iniciado con el Acto de Apertura No. AA-CZO6-C-2016-0001, el Coordinador Zonal 6 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en ejercicio de sus atribuciones y dentro de la esfera de su jurisdicción y competencia, dictó la Resolución<sup>5</sup> No. ARCOTEL-CZO6-2016-0007 de 15 de noviembre de 2016, notificada manera formal y auténtica el 17 de noviembre de 2016, tal como se desprende del memorando No. ARCOTEL-CZO6-2016-0795-M de 29 de noviembre de 2016, a través de la cual se determinó que la señora Eliana Vanessa Morocho Oña, inobservó lo previsto en el artículo 119, literal b, numeral 2 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

De la lectura al Acto de Apertura, la Coordinación Zonal 6 de la ARCOTEL tipifica la conducta de la inculpada de manera diferente<sup>6</sup> a la que consta en el Informe Técnico No. IT-CZ6-C-2016-0114 de 2 de marzo de 2016, pues comete un error cuando señala que la permisionaria podría incurrir en un infracción de tercera clase prevista en el artículo 119, literal b, numeral 2 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuando lo correcto es el artículo 117, literal b, numeral 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que señala: "16. Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, **normas técnicas** y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y las obligaciones incorporadas en los títulos habilitantes que no se encuentren señaladas como infracciones en dichos instrumentos.". (Negrita y subrayado fuera del texto original), infracción que concuerda con el antecedente fáctico que consta en el Informe Técnico No. IT-CZ6-C-2016-0114, del cual se desprende de manera clara que la expedientada de los 21 enlaces de MDBA punto-multipunto, utilizados **para brindar el servicio de acceso a internet**, 9 de ellos utilizan frecuencias fuera de las bandas de frecuencias MDBA (Modulación digital de banda ancha) **establecidas en el artículo 6 de la "Norma para la implementación y operación de sistemas de modulación digital de banda ancha"**, argumento que es corroborado por la Dirección Técnica de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL, en memorando No. ARCOTEL-CCDS-2017-0113-M de 8 de marzo de 2017, en el cual señala: "(...) Con respecto a los argumentos presentados en la apelación, mediante el cual el prestador MOROCHO OÑA ELIANA VANESSA indica que, existe un error en la tipificación de la infracción imputada, a criterio de esta Dirección Técnica; el hecho imputado es operar 9 enlaces radioeléctricos punto-multipunto fuera de la banda de frecuencias de MDBA para dar el servicio de acceso a internet, esto es, existe un incumplimiento a una norma. (...)". No obstante en la Resolución impugnada No. ARCOTEL-CZO6-2016-0007, la Coordinación Zonal 6 determinó que la señora Eliana Vanessa Morocho Oña, inobservó lo previsto en

<sup>5</sup> ALARCÓN Lucía, El Procedimiento Administrativo Sancionador y los Derechos Fundamentales. España, Editorial Aranzadi, SA, Navarra, Primera Edición, 2007, pág. 148, señala: "(...) es en esta donde se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa, integrado, cuando menos, por la definición de la conducta infractora que se aprecia, y su subsunción en un concreto tipo infractor; y por la consecuencia punitiva que a aquella se liga en el caso de que se trata". (Negrita y subrayado fuera del texto original).

<sup>6</sup> ALARCÓN Lucía, El Procedimiento Administrativo Sancionador y los Derechos Fundamentales, España, Editorial Aranzadi, SA, Navarra, Primera Edición, 2007, pág. 148, señala: "El derecho a ser informado de la acusación no entraña la facultad de conocer una imputación cualquiera, sino el derecho del acusado a ser prevenido de los cargos por los que luego puede ser sancionado. Es el derecho a ser informado de esa acusación exacta y no de otra diferente. Este es su segundo contenido esencial. De modo que el derecho resultará vulnerado si el inculpada es sancionado por una acusación distinta de que fue informado. (...)". (Negrita y subrayado fuera del texto original).



el artículo 119, literal b, numeral 2 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sancionada conforme lo previsto en el artículo 122 inciso segundo, letra c) e inciso tercero ejusdem, ante lo cual se colige que en el presente caso, tanto el Acto de Apertura No. AA-CZO6-C-2016-0001, como la Resolución No. ARCOTEL-CZO6-2016-0007, carecen de **sustento y motivación** en razón de que no hay un análisis prolijo, preciso y detallado de la subsunción (operación lógica) del hecho reportado a las disposiciones legales, previo a tipificar la infracción, circunstancia que no ha permitido alcanzar los niveles de concreción necesarios para una tipificación efectiva, por lo que, al tenor de lo dispuesto la norma constitucional el contenido integral del acto de apertura y la resolución sancionadora son nulas y carecen de efecto vinculante.

Es necesario considerar además que la notificación del acto de apertura y resolución sancionadora citados, afectan a la calificación jurídica<sup>7</sup> de la conducta. Si de la instrucción se desprende que la conducta infractora al ser tipifica con una norma que no es imputable al acusado, se contraviene con lo establecido en el artículo 195.- **Responsabilidad**, número 1 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE que dispone: “Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas naturales y jurídicas que resulten responsables de los mismos.”. (Subrayado fuera del texto original).

El imputar equivocadamente el cometimiento de una infracción en al ámbito administrativo evidencia la falta de motivación de la Resolución impugnada y, en consecuencia, al ser esencial para la validez y eficacia del acto administrativo, de conformidad al artículo 122, del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, este será nulo.

Por lo antes expuesto, se establece que la motivación de la Resolución No. ARCOTEL-CZO6-C-2016-0007 de 15 de noviembre de 2016, carece de la relación coherente entre la enunciación de las normas y los hechos particulares produciéndose la nulidad de pleno derecho de dicho acto administrativo, según lo consagra el artículo 76, número 7, literal l) de la Constitución de la República, en armonía con los artículos 122, 129 número 1, letra a) y 195 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE.

#### ♦ CUARTO: INFORMACIÓN RELACIONADA CON LOS INGRESOS DEL SVA DE LA PERMISIONARIA ELIANA VANESSA MOROCHO OÑA

Sin perjuicio de lo analizado en los párrafos anteriores es necesario realizar el siguiente análisis respecto del monto de referencia de la expedientada analizado en el procedimiento administrativo sancionador que concluyó con la Resolución No. ARCOTEL-CZO6-C-2016-0007 de 15 de noviembre de 2016.

La señora Eliana Vanessa Morocho Oña, en el Recurso de Apelación presentado en esta Institución el 6 de diciembre de 2016 con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007400-E, en el acápite III sostiene: “**MULTA DESPROPORCIONADA (...)** De conformidad con el tercer inciso del Art. 9 de la Resolución No. ARCOTEL-2015-0936 del 24 de diciembre de 2015, los prestadores de Servicios de Valor Agregado de Acceso a Internet, estamos en la obligación de presentar cada año, de forma anualizada el “Formulario de Homologación de Ingresos, Costos y Gastos por Tipo de Servicio de Telecomunicaciones y Radiodifusión”, por tipo de servicio, **el cual fue presentado por la suscrita en la tesorería de la ARCOTEL, el 01 de agosto de 2016, conforme lo justifico con la copia que adjunto al presente (...)**”. (Negrita y subrayado fuera del texto original).

De la lectura a la Resolución No. ARCOTEL-CZO8-2016-0007 de 15 de noviembre de 2016, a fojas sesenta y uno (61) del procedimiento administrativo sancionador, la Coordinación Zonal 6 de la

<sup>7</sup> SOTOMAYOR LUCIA. 2007. El Procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales. España; Editorial Arazandi, S.A.; p. 116. “La jurisprudencia afirma de manera constante esta exigencia en el procedimiento administrativo sancionador (...) ‘si en (...) (la información sobre acusación) no se contiene (...) la calificación jurídica (...), se lesionan las garantías básicas de dicho procedimiento sancionador con la consiguiente vulneración de las contenidas en el art. 24.2 CE. Es por ello, exigible, a la luz del derecho fundamental a ser informado de la acusación, que (...) (la acusación) contenga los elementos esenciales del hecho sancionable y su calificación jurídica para permitir el ejercicio del derecho de defensa; en suma que (...) **se determinen con precisión los caracteres básicos de la infracción cuya comisión se atribuye al inculpado**”. (Negrita y Subrayado fuera del texto original).



ARCOTEL manifiesta: “(...) 3.3. ATENUANTES Y AGRAVANTES. Revisada la base informática denominada “Infracciones y Sanciones”, cuya página impresa se agrega al expediente, se ha podido verificar que la expedientada no ha sido sancionada (sic) por la misma infracción, con identidad de causa y efecto en los 9 meses anteriores a la apertura del presente procedimiento sancionador, por lo que esta circunstancia debería ser considerada como atenuante como lo señala el numeral 1 del artículo 130 de la LOT. Aceptar el cometimiento de la infracción, permite considerar como atenuante, ya que estaría concurriendo en el numeral 2 del artículo 130 ibídem y será considerada al momento de resolver. No se consideran Agravantes.

3.4 DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN.- De los datos proporcionados por la Unidad Técnica de Títulos Habituantes mediante Memorando Nro. ARCOTEL-CTHB-2016-2016-0067-M, se desprende que esta Unidad no cuenta con la información económica financiera del poseedor de Título Habilitante, en razón de que no ha cumplido con lo establecido en el Resolución ARCOTEL-2015-0936 de 24 de diciembre (sic) por tal motivo no ha sido posible obtener información necesaria para determinar el monto de referencia con relación al Servicio de Valor Agregado de acceso a Internet, al no ser posible establecer el monto de preferencia (sic), al amparo de lo dispuesto en el Art. 122; la conducta de la imputada debe ser sancionada pecuniariamente con el 5 % de la multa establecida en la letra c) del citado artículo de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. (...)”. (Negrita y subrayado fuera del texto original).

Efectivamente mediante memorando No. ARCOTEL-CTHB-2016-0067-M de 5 de septiembre de 2016 el Coordinador Técnico de Títulos Habituantes, en atención a la solicitud del Coordinador Zonal 6 de la ARCOTEL, efectuado mediante memorando No. ARCOTEL-CZO6-2016-0190-M de 29 de agosto de 2016, en el cual solicita información relacionada con los ingresos por el servicio de valor agregado de acceso a internet de la señora Eliana Vanessa Morocho Oña, señala: “(...) Esta Unidad **no cuenta con la información económica financiera del poseedor de Título Habilitante**, en razón de que no ha cumplido con lo establecido en el Resolución ARCOTEL-2015-0936 de 24 de diciembre de 2015 (...)”.

Mediante providencia de 22 de febrero de 2017, la Dirección de Impugnaciones de la ARCOTEL entre otros aspectos señaló: “(...) La señora Eliana Vanessa Morocho Oña en el Recurso de Apelación presentado en esta Institución el 6 de diciembre de 2016 con el Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007400-E, en el acápite III señala: “**MULTA DESPROPORCIONADA** (...) De conformidad con el tercer inciso del Art. 9 de la Resolución No. ARCOTEL-2015-0936 del 24 de diciembre de 2015, los prestadores de Servicios de Valor Agregado de Acceso a Internet, estamos en la obligación de presentar cada año, de forma anualizada el “Formulario de Homologación de Ingresos, Costos y Gastos por Tipo de Servicio de Telecomunicaciones y Radiodifusión”, por tipo de servicio, **el cual fue presentado por la suscrita en la tesorería de la ARCOTEL, el 01 de agosto de 2016, conforme lo justifico con la copia que adjunto al presente** (...)”. (Negrita y subrayado fuera del texto original), por lo indicado y previa verificación de la información presentada por la recurrente que en copia anexo, se solicita a la Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habituantes, proporcione a la Dirección de Impugnaciones, en el término de cuatro días (4) días contados a partir del siguiente día hábil al de la fecha de notificación de esta providencia, la información relacionada con los ingresos por el Servicio de Valor Agregado de acceso a Internet de la citada permisionaria, en observancia del artículo 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. (...)”.

El artículo 122 de la LOT, al referirse al monto de referencia, dispone lo siguiente: “Para la aplicación de las multas establecidas en esta Ley, el monto de referencia se obtendrá con base en los ingresos totales del infractor correspondientes a su última declaración de Impuesto a la Renta, con relación al servicio o título habilitante del que se trate. Únicamente en caso de que no se pueda obtener la información necesaria para determinar el monto de referencia y se justifique tal imposibilidad, las multas serán las siguientes: “a) Para las sanciones de primera clase, hasta cien Salarios Básicos Unificados del trabajador en general. (...) En caso de que no se pueda obtener la información necesaria para determinar el monto de referencia y se justifique tal imposibilidad, para los servicios de telecomunicaciones cuyo título corresponda a **un registro de actividades**, (...) **aplicará el 5% de las multas** referidas en los literales anteriores. (...)”. (Negrita y subrayado fuera del texto original).

Mediante memorando No. ARCOTEL-CTDG-2017-0016-M de 3 de marzo de 2017, el Director Técnico de Gestión Económica de Títulos Habituantes, en atención a la providencia de 22 de febrero de 2017, señala: “Le comunico que, mediante comunicación de 23 de febrero de 2017, ingresada en esta Institución con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-003199-E, la señora Eliana Vanessa Morocho Oña,

presenta el formulario de Homologación de Ingresos, Costos, Gastos por Tipo de servicios de Telecomunicaciones y Radiodifusión para el año 2015, en el que se evidencia total de ingresos por servicios de valor agregado por \$ 349.369,86.". (Negrita fuera del texto original).

De lo expresado en los citados párrafos se colige que la Dirección de Impugnaciones de la ARCOTEL en atención al Recurso de Apelación, ejecutó actividades tendientes para obtener información respecto de los ingresos totales de la Permisinaria Eliana Vanessa Morocho Oña, correspondientes a su última declaración de Impuesto a la Renta que corresponden al año 2015, con relación al servicio de Valor Agregado tal como lo ha establecido el artículo 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, a efectos de determinar el monto de referencia, el cual de acuerdo a los datos proporcionados por la Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes de la ARCOTEL, mediante memorando No. ARCOTEL-CTDG-2017-0016-M, es por el valor de \$ 349.369,86. (Trescientos cuarenta y nueve, mil trescientos sesenta y nueve, con ochenta y seis centavos de dólar de los Estados Unidos de América.).

Considerando que **si ha sido posible determinar el valor relativo a los ingresos totales** de la Permisinaria Eliana Vanessa Morocho Oña, referente a su declaración del Impuesto a la Renta del año 2015, con relación a la Prestación del Servicio de Valor Agregado; la sanción **en el supuesto de que la infracción de tercera clase hubiere sido la correcta**, la sanción económica que **habría correspondido** es de acuerdo a los artículos 121, inciso primero y numeral tres; y, 122 inciso primero, considerando dos atenuantes el primero de no reincidencia y el segundo por aceptar el cometimiento de la infracción.

En este sentido esta Dirección mediante correo electrónico de 27 de marzo de 2017, requirió a la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL que: "(...) Se sirva determinar el valor de la multa para el caso de la Permisinaria Eliana Vanessa Morocho Oña, correspondiente a la Resolución No. ARCOTEL-CZO6-C-2016-0007 de 15 de noviembre de 2016, de acuerdo a la siguiente información.

- Servicio de Valor Agregado
- El hecho acaece en el año 2016, según se depende del Informe Técnico No. IT-CZ6-C-2016-0114 de 2 de marzo de 2016, reportado por la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 6 de la ARCOTEL.
- Infracción de Tercera Clase (Infracción señalada en el artículo 119, letra b) número 2 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones)
- No. de Atenuantes: 2 (No haber sido sancionado por la misma infracción; y, aceptar el cometimiento de la infracción)
- No. de Agravantes: 0
- Monto de Referencia \$ 349.369,86."

Al respecto sobre lo señalado, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones mediante correo electrónico de 28 de marzo de 2017, manifiesta: "(...) Adjunto remito el cálculo realizado, con base en la parametrización facilitada, en el archivo adjunto en cuestión. (...)

Clase de infracción	3
No. Atenuantes	2
No. Agravantes	0
Para Clase 1 y 2: Afecta al Mercado	NO

**MULTA MONTO DE REFERENCIA**

**\$ 273.38**

(...)"

◆ **QUINTO: CONCLUSIÓN**

En orden a los antecedentes, consideraciones jurídicas y análisis precedente, en aplicación del número 1 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, se considera pertinente

*declarar la nulidad absoluta, radical o de pleno derecho de la Resolución ARCOTEL-CZO6-C-2016-0007 de 15 de noviembre de 2016, emitida por la Coordinación Zonal 6 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, a fin de garantizar los derechos consagrados en el artículo 76, número 7, letra l) de la Constitución de la República, con fundamento en el número 3 del artículo 11 de la Norma Suprema, en armonía con los artículos 122, 129 número 1, letra a); y, 195 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE.*

*Este informe se emite con sujeción al artículo 183 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE.”.*

Con base en las consideraciones generales y análisis de forma; fundamentos jurídicos; trámite de la apelación; análisis de fondo de los argumentos jurídicos de la permisionaria que preceden, en **mérito de los autos**; y, en ejercicio de sus atribuciones legales, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL,

**RESUELVE:**

**Artículo 1.- AVOCAR** conocimiento y acoger el Informe Técnico que consta en memorando No. ARCOTEL-CCDS-2017-0113-M de 8 de marzo de 2017; y, el Informe Jurídico No. ARCOTEL-CJDI-2017-0035 de 28 de marzo de 2017.

**Artículo 2.- ACEPTAR** el Recurso de Apelación presentado por la señora Eliana Vanessa Morocho Oña, mediante escrito ingresado en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, el 6 de diciembre de 2016 con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-007400-E, en contra de la Resolución No. ARCOTEL-CZO6-C-2016-0007 de 15 de noviembre de 2016, emitida por la Coordinación Zonal 6 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones; y, en consecuencia **DECLARAR** la nulidad de pleno derecho de la Resolución No. ARCOTEL-CZO6-C-2016-0007 de 15 de noviembre de 2016.

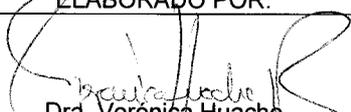
**Artículo 3.- INFORMAR** a la señora Eliana Vanessa Morocho Oña, que la presente Resolución pone fin a la vía administrativa, de conformidad a lo establecido en la letra a) del artículo 179 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE.

**Artículo 4.- DISPONER** que la Unidad de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, proceda a notificar el contenido de la presente Resolución a la señora Eliana Vanessa Morocho Oña, en el correo electrónico [info@lexsolutionsecuador.com](mailto:info@lexsolutionsecuador.com), señalada por la recurrente para recibir notificaciones; a la Coordinación General Jurídica; a la Coordinación General Administrativa Financiera; a la Coordinación Zonal 6; a la Dirección de Impugnaciones, y, a la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones; de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Dada en el Distrito Metropolitano de Quito, a **31 MAR 2017**

*Dr. Gustavo Quijano Peñafiel*

**Dr. Gustavo Quijano Peñafiel**  
**COORDINADOR GENERAL JURÍDICO, ENCARGADO**  
**AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES**  
**(ARCOTEL)**

ELABORADO POR:	REVISADO Y APROBADO POR:
 Dra. Verónica Huacho <b>SERVIDOR PÚBLICO 7</b>	 Abg. Juan Seminario Esparza <b>DIRECTOR DE IMPUGNACIONES (E)</b>