

RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO2-2016-016**ORGANISMO DESCONCENTRADO: COORDINACIÓN ZONAL 2 DE LA
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES
-ARCOTEL-****ING. ROBERTO MOREANO VITERI
COORDINADOR ZONAL 2****CONSIDERANDO:****1. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA:****1.1 TITULO HABILITANTE**

Con fecha 20 de noviembre de 2008, el Estado Ecuatoriano suscribió el Contrato de Concesión para la prestación del Servicio Móvil Avanzado, del Servicio Telefónico de Larga Distancia Internacional, los que podrán prestarse a través de Terminales de Telecomunicaciones de uso público y Concesión de las bandas de frecuencias esenciales celebrado entre: la ex Secretaria Nacional de Telecomunicaciones y la compañía Operadora del Servicio Móvil Avanzado OTECEL S.A., el cual tiene una duración de quince (15) años contados a partir de 30 de noviembre de 2008.

1.2 FUNDAMENTO DE HECHO

Mediante memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0045-M de 10 de agosto del 2016, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, puso en conocimiento de la Coordinación Zonal 2 el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005 de 05 de agosto de 2016, en el que se concluye lo siguiente:

“(...) 7.- CONCLUSIÓN:

No fue posible descargar el contenido desde el link <http://goo.gl/hxYJK7>, sin embargo, la Operadora OTECEL S.A., previo el envío del link de descarga realizó el cobro efectivo por el servicio al abonado, cliente o usuario; adicionalmente, la Operadora no informó a sus abonados, clientes o usuarios, previo a la contratación del servicio, acerca de las condiciones y limitaciones del mismo y de la entrega de contenido. Además se verificó que se realizaron cobros por contenido que no llegó al terminal, pues el mismo se encontraba apagado; no se recibió ningún mensaje con el contenido diario que ofrecía la Operadora en los mensajes previos a la suscripción del servicio”.

Adicionalmente, en el memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0045-M, se indica que: “... Cabe aclarar que las pruebas e inspecciones se realizaron en la ciudad de Quito; sin embargo, la prestación de estos servicios por parte de la Operadora, es a nivel nacional.”.

1.3 ACTO DE APERTURA

El 01 de septiembre de 2016, esta Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emitió el **Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008**, notificado a la

Operadora OTECEL S.A. el 2 de septiembre de 2016, conforme se desprende del memorando No. ARCOTEL-CZO2-2016-0131-M de 05 de septiembre de 2016.

A través del Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008 se puso en conocimiento de la Operadora OTECEL S.A., los resultados de las actividades de control, mismos que se encuentran claramente detallados en el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005 de 05 de agosto de 2016, con base en el cual, mediante Informe Jurídico ARCOTEL-JCZO2-A-2016-0008 de 31 de agosto de 2016, se estableció la pertinencia de iniciar el presente procedimiento administrativo sancionador en su contra, relacionando los Fundamentos de Hecho determinados en el citado Informe Técnico con los Fundamentos de Derecho, en donde se transcriben las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias o contractuales cuyo cumplimiento habría sido inobservado con la conducta de la Operadora; y, mencionando la presunta infracción en la que la compañía inculpada podría incurrir, con el detalle de la sanción que correspondería aplicar de declararse la existencia de la infracción y su responsabilidad. Dando estricto cumplimiento a los requisitos establecidos en el Instructivo del Procedimiento Administrativo Sancionador de la ARCOTEL y aplicando el formato e instructivo de trabajo remitidos mediante Memorando Nro. ARCOTEL-CTC-2015-0216-M de 19 de octubre de 2015.

2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL ORGANISMO DESCENCONTRADO:

2.1 AUTORIDAD Y COMPETENCIA

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

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

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

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

LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES:

“Artículo 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.- La imposición de las sanciones establecidas en la presente Ley no excluye o limita otras responsabilidades administrativas, civiles o penales previstas en el ordenamiento jurídico vigente y títulos habilitantes. (...)”.

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

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

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

REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

“Art. 10.- Del organismo desconcentrado de la ARCOTEL encargado del procedimiento administrativo sancionador.- El organismo desconcentrado de la ARCOTEL encargado del procedimiento administrativo sancionador es el competente para aplicar el régimen sancionatorio previsto en la Ley, el presente Reglamento General y en los títulos habilitantes; puede contar con oficinas

desconcentradas.- La competencia para el ejercicio de la potestad sancionatoria la tienen los titulares de la sede principal o de las oficinas que se establezcan en el territorio nacional, según corresponda.”.

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

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

RESOLUCIONES ARCOTEL:

Resolución No. 002-01-ARCOTEL-2015 de 4 de marzo de 2015

El Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en el artículo 1 resuelve: *“Designar a la Ingeniera Ana Vanessa Proaño De la Torre como Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, quien ejercerá las competencias y atribuciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás normas pertinentes.”*

Resolución 09-05-ARCOTEL-2016 de 20 de junio de 2016, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 800 de 19 de julio de 2016

El Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en ejercicio de sus facultades y atribuciones constitucionales y legales resuelve expedir el ESTATUTO ORGÁNICO DE GESTIÓN ORGANIZACIONAL POR PROCESOS DE LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES, ARCOTEL, en el que entre otros aspectos se establece:

“Artículo 2. Procesos de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones

Para cumplir con la regulación, el control y la gestión del espectro radioeléctrico y de los servicios de telecomunicaciones para que éstos sean brindados con calidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y diversidad; garantizando el cumplimiento de los derechos y deberes de prestadores de servicios y usuarios, se han definido dentro de la estructura orgánica de la ARCOTEL a procesos Gobernantes, Sustantivos, Habilitantes de Asesoría y de Apoyo, y Desconcentrados: (...).

Desconcentrados.- *Permiten gestionar los productos y servicios de la Institución a nivel zonal, participan en el diseño de políticas, metodologías y herramientas; en el área de su jurisdicción en los procesos de información, planificación, inversión*

pública, reforma del Estado e innovación de la gestión pública, participación ciudadana, y seguimiento y evaluación". (El subrayado me pertenece)

"Artículo 10. Estructura Descriptiva

(...) 2. NIVEL DESCONCENTRADO

2.1. PROCESO GOBERNANTE

(...)

I. Misión:

Coordinar y controlar la gestión institucional a nivel desconcentrado dentro del ámbito de su jurisdicción, a los procesos de gestión de títulos habilitantes, control y atención a los consumidores de servicios de telecomunicaciones; mediante, la aplicación de políticas y procesos emitidos para el cumplimiento de sus competencias y el ordenamiento jurídico vigente.

II. Responsable: *Coordinador/a Zonal.*

III. Atribuciones y responsabilidades:

(...) j. Monitorear el procedimiento administrativo sancionador en el área correspondiente a su jurisdicción de acuerdo a los procesos, procedimientos, formatos y herramientas definidas por la Coordinación Técnica de Control. (...)

2.2. PROCESO SUSTANTIVO

2.2.1. Nivel Operativo

2.2.1.1. Gestión Técnica Zonal.- (...)

II. Responsable: *Director/a Técnico/a Zonal.*

III. Atribuciones y Responsabilidades:

(...) 7. Ejecutar el procedimiento administrativo sancionador en el área correspondiente a su jurisdicción de acuerdo a los procesos, procedimientos, formatos y herramientas definidas por la Coordinación Técnica de Control." (...)

Adicionalmente, a través de la **CIRCULAR Nro. ARCOTEL-DEAR-2016-0001-C** (10 de agosto de 2016), se establece, entre otros aspectos, lo siguiente:

" (...)

Disposiciones específicas:

(...)

A la Coordinación Técnica de Control, Coordinaciones Zonales y Oficina Técnica:

- 1. Para fines relacionados con el ámbito de control, corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ejercer la Potestad Sancionadora, únicamente a través del Organismo Desconcentrado y, con la*

finalidad de hacer que se cumplan a cabalidad con las actividades en materia de control, todos los informes sobre dicha materia, generados por las Direcciones de la matriz desde el 18 de febrero de 2015, relativos a presuntos incumplimientos, cuyo contenido abarque la Cobertura correspondiente a más de una Coordinación Zonal u Oficina Técnica, según la distribución territorial establecida en el análisis de presencia institucional en territorio de la ARCOTEL y su respectiva aprobación mediante oficio No. SENPLADES-SGTEPBV-2015-0102-OF de 27 de agosto de 2015, mismo del cual se hace referencia en el Estatuto de esta Agencia, serán enviados a la Coordinación Zonal 2 para conocimiento, sustanciación y resolución de los procedimientos administrativos o contractuales sancionadores a los que hubiere lugar. Igual trámite se darán a aquellos informes de control elaborados por las Direcciones de la matriz, en cumplimiento de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”.

Consecuentemente, esta Autoridad tiene competencia para iniciar, sustanciar y resolver lo que en derecho corresponda sobre procedimientos administrativos sancionadores; tomando en cuenta además, que conforme consta indicado en el memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0045-M, “... las pruebas e inspecciones se realizaron en la ciudad de Quito; sin embargo, la prestación de estos servicios por parte de la Operadora, es a nivel nacional.”.

2.2 PROCEDIMIENTO:

El artículo 125 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, señala: “**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.”

Este procedimiento se sustanció observando el trámite propio previsto en los artículos 125 al 132 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en acatamiento y observancia de las garantías básicas del debido proceso, en el ámbito administrativo, consagradas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, respetando especialmente el derecho a la defensa establecido en el número 7, letra a) que establece que: “**Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento**”, que guarda concordancia con lo dispuesto en el Art. 125 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

2.3 IDENTIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y SANCIÓN:

a) Infracción:

“**Artículo 118.- Infracciones de Segunda Clase.-** (...) b. Son infracciones de segunda clase aplicables a poseedores de título habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: (...) 5. **Cobrar por servicios no contratados o no prestados**”. (Lo resaltado y subrayado me pertenece).

b) Sanción:

“Artículo 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: (...) **2. Infracciones de segunda clase.-** La multa será de entre el 0,031% al 0,07 % del monto de referencia. (...)”

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

En lo relativo a los atenuantes y agravantes, la Ley de la materia señala:

“Artículo 130.- Atenuantes.-

Para los fines de la graduación de las sanciones a ser impuestas o su subsanación se considerarán las siguientes circunstancias atenuantes:

1. No haber sido sancionado por la misma infracción, con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento sancionador.
2. Haber admitido la infracción en la sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio. En este caso, se deberá presentar un plan de subsanación, el cual será autorizado por la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones.
3. Haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción.
4. Haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción, antes de la imposición de la sanción.

En caso de concurrencia, debidamente comprobada, de las circunstancias atenuantes 1, 3 y 4, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en los casos en los que considere aplicable, y previa valoración de la afectación al mercado, al servicio o a los usuarios, podrá abstenerse de imponer una sanción, en caso de infracciones de primera y segunda clase. Esta disposición no aplica para infracciones de tercera y cuarta clase.” (El subrayado me pertenece)

“Artículo 131.- Agravantes.-

En el ejercicio de su potestad sancionatoria, igualmente se deberán valorar las siguientes circunstancias agravantes:

1. La obstaculización de las labores de fiscalización, investigación y control, antes y durante la sustanciación del procedimiento sancionatorio de la infracción sancionada.
2. La obtención de beneficios económicos con ocasión de la comisión de la infracción.
3. El carácter continuado de la conducta infractora.”

3. ANÁLISIS DE FONDO:

3.1 CONTESTACIÓN AL ACTO DE APERTURA

El doctor Lonny Espinoza Simancas, en calidad de Procurador Judicial de la compañía OTECEL S.A., conforme acredita con la copia de la delegación de procuración judicial que acompaña, contestó al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008, según documento de ingreso No. ARCOTEL-DEDA-2016-002884-E del 23 de septiembre de 2016, señalando entre otros aspectos, lo siguiente:

“(...) 2.- ALEGATOS.-

En uso del derecho que me concede el Art. 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, dentro del término legal, contesto el ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO. ARCOTEL-CZ02-2016-0008 de 1 de septiembre de 2016, en los siguientes términos:

2.1. INEXISTENCIA DE INFRACCION PREVISTA EN EL ARTICULO 118, LITERAL b) NUMERAL 5) DE LA LEY ORGANICA DE TELECOMUNICACIONES

El artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en su literal b) tipifica cuales son las infracciones de segunda clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes y en el numeral 5, establece textualmente que constituye infracción la conducta positiva y manifiesta de “cobrar por servicios no contratados o no prestados”.

En efecto, tanto el Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZ02-2016-008, como el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-006 de 5 de agosto de 2016 de forma confusa, detallan una serie de presuntos incumplimientos que se imputan a mi representada, sin fundamento técnico ni fáctico, violando expresas normas legales y los cuales resumo a continuación:

- 1) Que no fue posible descargar el contenido desde el link <http://goo.gl/hxYJK7>*
- 2) Que previo al envío del link de descarga, se realizó el cobro efectivo por el servicio al abonado, usuario o cliente.*
- 3) Que la operadora no informó a sus abonados, clientes o usuarios, previo a la contratación del servicio, acerca de las condiciones y limitaciones del mismo,*
- 4) Que se realizaron cobros por contenido que no llegó al terminal, pues el mismo se encontraba apagado.*
- 5) Que no ha observado los derechos del abonado, cliente o usuario señalados en los artículos 22 y 24 de la Ley Orgánica de telecomunicaciones.*

Pese a que se detalla una serie de infracciones, tal como queda indicado, se imputa a mi representada la infracción prevista contenida en el numeral 5 del literal b) del Artículo 118, que se refiere exclusivamente a “cobrar por servicios no contratados o no prestados,” y a lo largo de la extensa documentación enviada, no se explica con fundamentos técnicos y fácticos las infracciones ocurridas e incluso se pretende con afirmaciones genéricas e inexactas sustentar infracciones no cometidas.

*En efecto, en materia de Derecho Administrativo Sancionador es necesario que la Autoridad cumpla con el principio de tipicidad y de legalidad, que derivan en la garantía a la seguridad jurídica, de tal forma que toda imputación de infracción debe ser consecuencia de una previsión normativa en la que se describa de manera **clara precisa e inequívoca** la conducta punible y los elementos que la componen, caso contrario resulta en la arbitrariedad y por lo tanto, la nulidad absoluta del acto administrativo notificado. La Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, mediante la emisión del Acto de Apertura NO.ARCOTEL-CZ02-2016-0008 de fecha 1 de septiembre de 2016, viola expresas normas constitucionales y legales que me permito citar a continuación:*

El Art. 226 de la Constitución de la República consagra el principio de legalidad y señala que “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”. En concordancia, el numeral primero del Art 192 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) dice que “la potestad sancionadora de la Administración Pública, reconocida por la Constitución se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta norma.” (negrita y subrayado son míos)

De acuerdo con la Doctrina, García de Enterría en su libro Comentarios a la Ley Especial de Telecomunicaciones de España¹, estudia el principio de legalidad (previsto en nuestra legislación en el artículo 226 de la Constitución Política), y concluye que en el ámbito del Derecho Estatal Sancionador, este principio comprende dos garantías, que citaremos a continuación:

1. “**Material** de alcance absoluto, siendo de aplicación tanto en el ámbito penal como en el de las sanciones administrativas, que refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual. Dicha garantía supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes mediante preceptos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen una infracción y las penas o sanciones aplicables. Se traduce pues en la triple exigencia de *lex scripta*, *lex previa* y *lex certa*.”
2. “**Formal**, referida al rango necesario de las normas tipificadoras de las infracciones y reguladoras de las sanciones.” Es decir, lo denominado “reserva de ley” para la tipificación de infracciones y sanciones.

Efectivamente, la regla de la tipicidad en materia administrativa resulta de especial importancia para los Administrados y para que habilite la posibilidad de la Autoridad en este caso el ARCOTEL- de imponer sanciones.

Según la Doctrina, “la tipicidad aparece como corolario obligado del principio de legalidad que juega un doble sentido, esto es como una garantía frente a la determinación subjetiva o discrecional de los hechos que configuran el ilícito penal y como una forma de prevención individual y social, en la medida de que el conocimiento público y oficial de la acción punible desalienta la comisión de los hechos reprimidos por la ley. A este respecto el principio de tipicidad legal requiere tanto/a descripción de los hechos que definen cada contravención como que se precisen las penas a aplicarse en cada supuesto típico”² (negrita y subrayado son míos)

En efecto, la garantía a la seguridad jurídica se fundamenta según el artículo 82 de la Constitución en el “respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”

Conforme podrá ser verificado por su autoridad, la conducta de la que se hace responsable a OTECEL S.A no se encuentra configurada en ninguno de los casos antes indicados, por el contrario, se evidencia que el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-006 de 5 de agosto de 2016, adolece de errores técnicos insubsanables, respecto de la funcionalidad del CLUB DIVERSION (sic), y, por lo tanto, las pruebas técnicas realizadas no sirven de fundamento alguno para el inicio del presente procedimiento

administrativo sancionador y no configuran bajo ningún concepto el supuesto de hecho para que se impute la infracción prevista en el numeral 5) del literal b) del Artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Efectivamente, el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-006 de 5 de agosto de 2016, al ser un acto de simple administración, de conformidad con el artículo 71 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) “tiene el propósito de facilitar elementos de opinión o juicio, para la formación de la voluntad administrativa y forma parte de los actos previos a la emisión de dicha voluntad” y sólo puede ser impugnado si éste ha servido de fundamento de la emisión del acto administrativo notificado al particular. En el presente caso, el informe técnico no facilita los elementos de juicio, sino por el contrario, confunde la realidad de los hechos y de la forma en la que el servicio del CLUB DIVERSIÓN) realmente opera, por lo que se ve vulnerado nuestro derecho a la seguridad jurídica.

Es así como según la ley, los informes técnicos no pueden ser arbitrarios, ni pueden pretender inducir a error a la Autoridad con premisas inexactas, como en el presente caso, utilizando pruebas que no corresponden para la funcionalidad del CLUB DIVERSIÓN (sic) y bajo ninguna consideración pueden ser utilizados como fundamento técnico de un procedimiento administrativo de sanción cuando adolecen de errores y vicios conforme quedará demostrado.

El Reglamento para el Control de la Discrecionalidad, prevé en el Art 3, que “los funcionarios cuidarán que exista una adecuada y correcta apreciación de los presupuestos de hecho determinantes, y una acertada valoración que conduzca a que la toma de decisión se ajuste plenamente a los hechos que determinan la expedición del acto.” Es decir, que, para emitir procedimientos administrativos de sanción, debe existir la configuración de las infracciones que se imputan, y para que exista la adecuada aplicación de la Ley, deben configurarse los presupuestos de hecho de la norma, caso contrario la autoridad podría actuar con la arbitrariedad prohibida por la Constitución y la Ley.

En este sentido, los órganos de control, como la ARCOTEL deben cumplir con el principio de la interdicción de la arbitrariedad, previsto en el artículo 6, de la misma norma legal que señala que se prohíbe la arbitrariedad en todas sus formas y dentro del mismo, se incluye la obligación de aplicar el principio de razonabilidad y consagra que “no es suficiente que la motivación se constituya sobre premisas. sino que éstas deben ser verdaderas.” Resulta lógica esta aseveración, pero cuando un informe técnico se sustenta en pruebas no aptas para el servicio que pretende regular, o por el contrario no se comprende sus características, beneficios y limitaciones, entonces se incurre en errores inexcusables.

Efectivamente, los errores cometidos por la Autoridad al realizar las pruebas de validación, son insubsanables, y no pueden constituirse en una discrecionalidad técnica que induzca a sancionar por infracciones no cometidas por mi representada y no verificadas, pues se estaría violando mi derecho al debido proceso y a la defensa, consagrados en la Constitución.

La garantía del debido proceso consolida la seguridad jurídica que constituye el elemento esencial y patrimonio común de la cultura del Estado de derechos y justicia; garantiza la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y la ley; es la confiabilidad en el orden jurídico, la certeza sobre el derecho escrito y vigente, es decir, el reconocimiento y la previsión de la situación jurídica.

En efecto, de conformidad con el artículo 7 del Reglamento para la Discrecionalidad señala que "La discrecionalidad técnica no debe implicar arbitrariedad sino que es un supuesto especial de discrecionalidad reglada caracterizado por la presencia de un criterio económico, técnico o social permitidos por la ley o norma aplicable. Es decir, consiste en la facultad de apreciar y exteriorizar en cada supuesto lo mejor para el interés público con libertad de elección entre alternativas igualmente válidas, decidiendo por criterios, de oportunidad económicos, técnicos o sociales."

En el presente caso, no se efectuaron las pruebas con un criterio técnico, si no que se aplicaron pruebas de índole general para los servicios SMS PREMIUM, sin considerar la forma y funcionalidad del servicio del CLUB DIVERSION (sic). Por lo tanto, resulta necesario aclarar que el CLUB DIVERSION (sic) le permite al usuario acceder a un portal web, en el cual se presenta un menú con información de: Noticias, Horóscopos, Entretenimiento, Tips y Descargas. El precio por día es \$0.32 + impuestos. Cuando un usuario se suscribe a este servicio tiene disponible los siguientes beneficios:

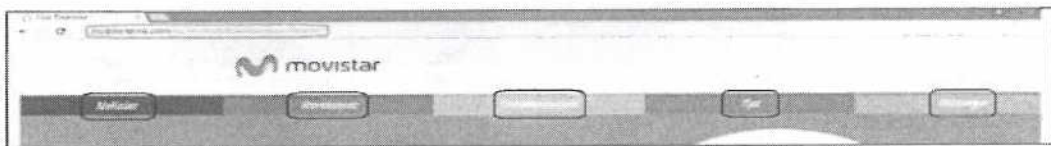
- 1. Descargar contenidos*
- 2. Acceso a todo el contenido disponible en este portal*

Además, al ser un portal web, el usuario puede acceder al mismo desde diferentes dispositivos (PC, Laptop, Tablet, etc.) no únicamente desde un terminal celular.

Es decir, desde que el cliente se suscribe al CLUB DIVERSION (sic) y realiza el pago respectivo tiene acceso al Portal Web, es importante aclarar que en este Servicio "CLUB DIVERSION"(sic); el cliente NO RECIBE EL CONTENIDO DEL CLUB DIVERSION (sic) MEDIANTE UN SMS DE TEXTO, para acceder al contenido lo debe realizar a través de un portal web en el momento que el usuario lo desee.

El SMS que recibe en forma diaria únicamente es informativo, pues el servicio se encuentra disponible en el Portal Web desde el momento de la suscripción y del cobro diario efectivo.

El servicio del CLUB MOVISTAR se encuentra disponible en el enlace <http://mobile.terra.com/sc/ec/clubdiversionmov/home/>, al cual accede el cliente y encuentra el siguiente Menú:



En la misma sección se puede encontrar más información como se presenta en la siguiente pantalla:



A continuación, se presenta una pantalla de cada sección disponible para el cliente:

SECCIÓN NOTICIAS:



SECCIÓN HOROSCOPOS:



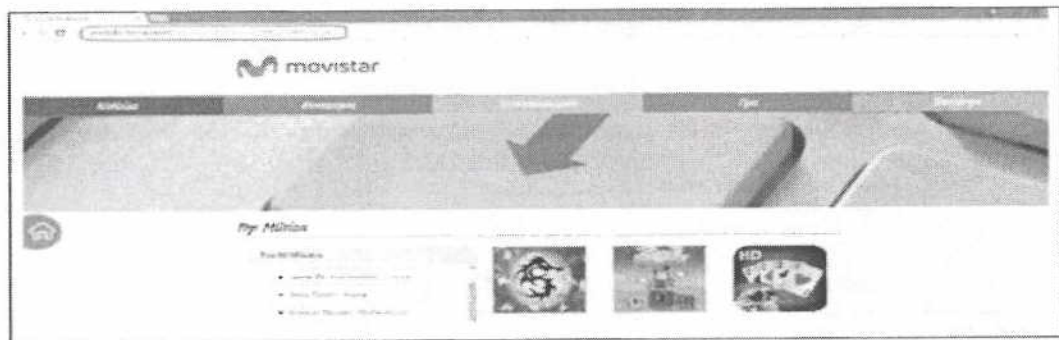
SECCIÓN ENTRETENIMIENTO:



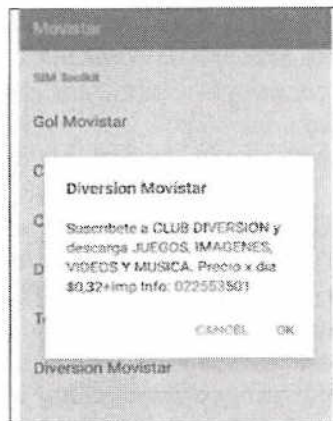
SECCIÓN TIPS:



SECCIÓN DESCARGAS:



ACTIVACIÓN CLUB DIVERSION (sic): El canal de captación comercial hacia nuestros clientes habilitado para este servicio de CLUB DIVERSION (sic), es a través del menú simcard Movistar, donde previo a la contratación se despliega un mensaje con información del servicio, como la tarifa, frecuencia de cobro y un número telefónico en el cual el cliente puede obtener mayor información y solventar cualquier inquietud en relación al servicio:

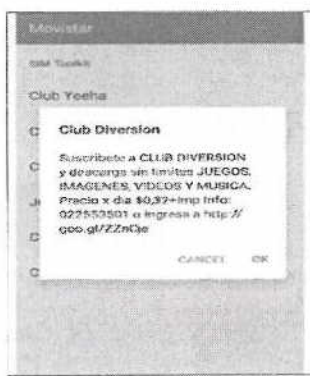


Es decir, que en el presente caso la autoridad al realizar las pruebas de funcionalidad del CLUB DIVERSION (sic), no efectuó aquellas que correspondían desde el punto de vista técnico, con el criterio adecuado y finalmente induce a la Autoridad a iniciar el presente procedimiento administrativo de sanción de forma arbitraria. Efectivamente, la ARCOTEL comete los siguientes errores al realizar la validación:

1. En la prueba controlada y realizada por la ARCOTEL no se desplegó el mensaje de inicio indicado en el párrafo anterior, debido a que la suscripción al CLUB DIVERSION ((sic) se realizó en forma directa ingresando el código corto, y no de la forma en la que los usuarios, clientes, o abonados acceden.

*Esta información, para el acceso, fue obtenida por ARCOTEL del reporte entregado por OTECEL S.A como parte de la Auditoria, de acuerdo a lo indicado en el numeral 5.1.1.1 PRUEBA A TRAVES DEL ENVIO DE SMS del Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005 de 05 de agosto de 2016. Sin embargo, es preciso resaltar, **que esta forma de activación no está disponible para los clientes** pues no se ha realizado comunicación en medios o campañas broadcast para captación de este servicio. El canal oficial y comercial para contratar este servicio es a través del menú simcard Movistar, en el cual consta toda la información correspondiente al servicio.*

Sin embargo de lo anterior, y sin que constituya aceptación de infracción alguna, y como una mejora, OTECEL S.A a la fecha, ha incluido en el mensaje de menú simcard de Club Diversión la URL en la cual se puede acceder a información de Términos y Condiciones, como se puede verificar a continuación:



2. Por otra parte, el terminal que utilizó ARCOTEL para la prueba controlada, no era compatible (debido a su sistema operativo de acuerdo a lo señalado en las condiciones del servicio) para descargar el contenido del Portal Web, conforme se detalló en el SMS de texto (pág. 8 Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005): “Estimado Usuario su modelo de celular No soporta este tipo de contenidos, lo invitamos a realizar el cambio a una terminal de nuestra tecnología GSM”, sin embargo el acceso al portal estaba disponible, y la descarga del contenido lo podía realizar desde diferentes dispositivos (PC, Laptop, Tablet. etc.), conforme lo señalado en las condiciones del servicio.

En consecuencia, la Autoridad al emitir el Informe técnico y al iniciar el presente procedimiento de sanción, no ha cumplido con los presupuestos técnicos para la evaluación de la funcionalidad del CLUB DIVERSIÓN (sic), e inclusive elude obligaciones que todo consumidor y usuario debe tomar en cuenta al contratar un servicio según lo previsto en el artículo 5 de la Ley de Defensa al Consumidor, que es: numeral 1) propiciar y ejercer el consumo racional y responsable de bienes y servicios; numeral 4) informarse responsablemente de las condiciones de uso de los bienes y servicios a consumirse. Es decir, no sólo que pretende evaluar el funcionamiento del CLUB DIVERSIÓN, sin entender sus características y limitaciones, sino que al realizar las pruebas, utiliza terminales que efectivamente no son aptos para el uso del mismo, desconociendo las advertencias que OTECEL S.A. realiza de forma clara y expresa.

En consecuencia, queda demostrado que el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005, el Informe Jurídico emitido en razón de aquel y el Acto de Apertura ARCOTEL- CZ02-2016-008 de 1 de septiembre carecen de total motivación y son nulos de pleno derecho.

De acuerdo con el literal 1) del numeral 7) del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, “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.***"

En el presente caso, se configura la falta de motivación, pues no existe fundamento ni legal ni contractual para pretender aplicar a mi representada una sanción. De la misma forma, El (sic) artículo 122 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) prevé que "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".

De acuerdo con lo dispuesto expresamente por el Art. 31 de la Ley de Modernización del Estado: "(...) Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo (...)". Los actos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán como actos violatorios de la ley, cuyo efecto es la nulidad, por lo que el Art 94 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, coloca a los actos no debidamente motivados entre los que no son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se consideran como nulos de pleno derecho. La motivación es un requisito esencial del acto y debe basarse en hechos ciertos y demostrados al momento de la expedición del mismo, so pena de nulidad.

La motivación es la exposición de razones que debe relatar el administrador público para tomar una decisión. Es la explicación que hace sobre el caso materia del acto administrativo. En ella debe analizarse los fundamentos fácticos, es decir el hecho que genera la emisión del acto administrativo, haciendo la vinculación jurídica con la norma aplicable al caso, lo cual le permite asumir un juicio de valor y una decisión fundamentada sobre el tema que resuelve.

La motivación es una declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la administración pública a tomar una decisión; es así que la motivación constituye la fundamentación fáctica y jurídica con la que la administración sustenta la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad de los actos administrativos.

El inciso primero del artículo 4 del Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los actos de la Administración Pública, publicado en el Registro Oficial No. 686, del 18 de octubre del 2002, dice que:

***"Siempre que la administración dicte actos administrativos es requisito indispensable que motive su decisión, en los términos de la Constitución y este reglamento. La motivación no es un requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, porque solo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, porque son necesarios para que pueda controlarse la actividad de la administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite puede generar la arbitrariedad e indefensión prohibidas por la Constitución."** (la negrita y subrayado es nuestra)*

En tal virtud, no existe cometimiento de ninguna infracción y menos aún de la tipificada en el numeral 5) del literal b) del Artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por cobros ilegítimos, pues OTECEL SA ha cobrado por la disponibilidad de un servicio, conforme los términos y las condiciones expresamente informadas al usuario, cliente o abonado, de conformidad con la Ley.

En consecuencia, no existe causa ni fundamento de hecho ni de derecho para la imposición de ninguna sanción y en tal virtud, el Acto de Apertura NO. ARCOTEL-CZO2-2016-0008, carece de motivación y está viciado de nulidad de pleno derecho de conformidad con el artículo 129 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva que señala que:

“Art 129.- Nulidad de pleno derecho. 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 (ahora Artículo 76 de la Constitución de la República).

*De la misma forma, el acto administrativo no puede ser convalidado, según lo establece el literal c) del artículo 94 del ERJAFE y considera nulo el acto, cuando: “Literal c) Aquellos actos cuyos presupuestos fácticos **no se adecuen manifiestamente al previsto en la norma legal** que se cita como sustento.”*

*En el presente caso, la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, viola los derechos de mi representada previstos en el artículo 122 del ERJAFE en concordancia con el artículo 76, numeral 7, literal 1) de la Constitución de la República al emitir el Acto de Apertura No. **NO. (sic) ARCOTEL-CZO2-2016-0008, sin motivación alguna**, al no existir concordancia entre lo imputado y las pruebas efectuadas por la Autoridad de la ARCOTEL.*

De acuerdo con el Art 116 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, “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.”

*Por su parte, el Art. 125 de la misma LOT, establece que “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.”*

En este sentido, es necesario reiterar que la Jurisprudencia ha sido enfática en señalar que: “(...) Así concebidos esta clase de actos, es evidente que ellos, han de ser originados únicamente en la Ley, que es su única fuente de origen y como enseña la doctrina, al darle origen la Ley determina a los mismos cuatro elementos reglados en toda potestad discrecional, los cuales son: “La existencia misma de la potestad su extensión (que nunca podrá ser absoluta, como ya sabemos), la competencia para actuada, (sic) que se refiere a un ente y dentro de este a un órgano determinado y no a cualquiera, y, por último, el fin porque todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública”. (Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, P. 446. octava edición, Editorial Civitas, Madrid, 1997). Habiendo pues elementos reglados en todo acto administrativo en el que la ley, respecto de otros elementos, facilita el ejercicio de la potestad discrecional es evidente que

respecto de tales elementos reglados cabe el control jurisdiccional Pero es más la doctrina y la jurisprudencia universal, sobre todo la francesa y la española han venido elaborando una serie de reglas de control de los elementos discrecionales del acto, los mismos que fueron magistralmente expuestos por Eduardo García de Enterría en la conferencia que dictara en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, el 2 de marzo de 1962, dentro del curso: "El Poder y el Derecho", y que fuera publicada en el opúsculo intitulado: "La Lucha contra las Inmunidades del Poder el cual constituye ya un clásico del derecho administrativo, según el cual estas técnicas de control son: el control de la desviación de poder, el control de los hechos determinantes; los conceptos jurídicos indeterminados; el control por los principios generales del derecho (. ..).³

2.2. NO HAY AFECTACIÓN AL USUARIO.

Es necesario resaltar, que, en el presente caso, no existe afectación, daño o perjuicio al usuario. No existe tampoco la configuración del tipo penal ni imputabilidad a mi representada de la infracción que persigue sancionar el ARCOTEL en el Acto de Apertura **NO. ARCOTEL-CZO2-2016-0008.**

OTECEL S.A. cobró por el Servicio de SMS Premium "CLUB DIVERSION"(sic) de acuerdo a la (sic) condiciones y conforme lo contratado a través de la línea de prueba de ARCOTEL (min 0995393523), desde el momento de la suscripción se tenía acceso y disponibilidad al servicio del portal web <http://mobile.terra.com/sc/ec-clubdiversionmov/home/http://goo.gl/ZZnCje>, el acceso al servicio se lo puede realizar desde diferentes dispositivos (PC, Laptop, Tablet, etc.) no únicamente desde un terminal celular.

Por otro lado, previo a la suscripción de este servicio, se presenta al cliente un mensaje en el menú simcard que además de la información de valor y frecuencia del cobro, contiene un número telefónico de contacto, mediante el cual el cliente puede solventar cualquier inquietud y solicitar con detalle una explicación sobre el servicio, considerando que por la limitación de caracteres no es posible incluir un detalle de condiciones y restricciones en el SMS.

La Doctrina administrativa ha señalado que como parte de los elementos objetivos del acto administrativo está el fin, la causa y el motivo y que "el acto debe servir al fin en consideración al cual la norma ha configurado la potestad que el acto ejercita, a la efectividad de ese servicio al fin normativo concreto por el acto administrativo debe reservarse, justamente, el concepto y el nombre de causa en sentido técnico,"⁴ Adicionalmente, "es justamente a través de los motivos que mueven a la Administración a dictar sus actos donde se viene a concretar todo el esquema conceptual que hemos expuesto: en ellos ha de aparecer, por una parte, la realidad del presupuesto normativo de hecho a que el acto se aplica, y, por otra, parte, el servicio al interés público específico que constituye el fin propio de la potestad administrativa que se ejercita, servicio cuya efectividad viene a constituir la causa propia del acto, como ya sabemos".⁵

El Acto de Apertura tiene como finalidad cumplir con la potestad expresa que el otorga la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en su artículo 3 y su Reglamento, por lo que para efectos de consideración en la resolución de este procedimiento administrativo me permito indicar que: OTECEL, conforme queda demostrado ha cumplido de forma cabal con todas las obligaciones previstas en el artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y ha respetado conforme lo exige la Constitución y la Ley los derechos de los usuarios, abonados o clientes en todo momento.

El Art. 24 de la LOT, establece que son obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, y que la autoridad del ARCOTEL puede verificar su cabal cumplimiento de parte de OTECEL S.A. en el presente caso, las siguientes que se aplican al presente caso:

- Numeral 1. Garantizar el acceso igualitario y no discriminatorio a cualquier persona que requiera sus servicios.*
- Numeral 2. Prestar el servicio de forma obligatoria, general, uniforme, eficiente, continua, regular, accesible y responsable, cumpliendo las regulaciones que dicte la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y lo establecido en los títulos habilitantes.*
- Numeral 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.*
- Numeral 4. Respetar los derechos de los usuarios establecidos en esta Ley y en el ordenamiento jurídico vigente.*
- Numeral 5. Cumplir con las regulaciones tarifarias.*
- Numeral 17. No limitar, bloquear, interferir, discriminar; entorpecer, priorizar ni restringir el derecho de sus usuarios o abonados a utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación, desarrollo o servicio legal a través de Internet o en general de sus redes u otras tecnologías de la información y las comunicaciones, ni podrán limitar el derecho de un usuario o abonado a incorporar o utilizar cualquier clase de instrumentos, dispositivos o aparatos en la red, siempre que sean legales, salvo las excepciones establecidas en la normativa vigente. Se exceptúan aquellos casos en los que el cliente, abonado o usuario solicite de manera previa su decisión expresa de limitación o bloqueo de contenidos, o por disposición de autoridad competente. Los prestadores pueden implementar las acciones técnicas que consideren necesarias para la adecuada administración de la red en el exclusivo ámbito de las actividades que le fueron habilitadas para efectos de garantizar el servicio.*
- Numeral 18. Medir, tasar y facturar correctamente el consumo de los servicios de telecomunicaciones prestados de conformidad con esta Ley, su Reglamento General y las normas técnicas y regulaciones respectivas.*

En consecuencia, por las consideraciones antes indicadas el Acto de Apertura ARCOTEL-CZO2-2016-0008, carece de todo sustento fáctico y no se ha configurado la infracción imputada prevista en el numeral 5) del literal b) del Artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por lo que carece de motivación, es ilegal y arbitrario, por lo que debe archivar el presente procedimiento administrativo.

3.- PRUEBA.-

De conformidad con lo previsto en el artículo 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en concordancia con el artículo 147 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, solicito que realicen las siguientes diligencias probatorias:

3.1. Se incorpore como prueba a mi favor el CD que contiene la información de descargo.

4.- AUDIENCIA.-

Según lo prevé el artículo 151 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, solicito de forma expresa que se convoque a una audiencia para

poder presentar ante su autoridad los alegatos y descargos de forma oral, una vez que hayan sido evacuadas las pruebas solicitada en el numeral anterior. (...)".

3.2 PRUEBAS:

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

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

PRUEBAS DE CARGO

Dentro del expediente, consta como prueba de cargo aportada por la Administración, lo siguiente:

- 1.- Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005 de 5 de agosto de 2016, reportado mediante Memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2016-0045-M de 10 de agosto de 2016.
- 2.- Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008 de 01 de septiembre de 2016.
- 3.- La razón de Notificación.

PRUEBAS DE DESCARGO

- 1.- Los alegatos y descargos que presenta dentro del escrito de contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008 de 1 de septiembre de 2016, emitido por la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, por parte del Procurador Judicial de la compañía OTECEL S.A., ingresado mediante documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-002884-E de 23 de septiembre de 2016; en el cual solicita en calidad de diligencia probatoria se incorpore como prueba a su favor, lo detallado en el CD que contiene la información de descargo.
- 2.- Alegato verbal expuesto el día martes 04 de octubre de 2016, a las 15H00, dentro de la Audiencia de Alegatos solicitada por OTECEL S.A.; y, la impresión de la presentación realizada y entregada durante la Audiencia.
- 3.- Pruebas técnicas realizadas el día martes 04 de octubre septiembre de 2016, a las 15H00, dentro de la Audiencia de Alegatos solicitada por OTECEL S.A.; las mismas que han sido detalladas en el escrito de ratificación de intervenciones ingresado con el documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-003654-E de 06 de octubre de 2016, y que se adjuntan además en un CD.

3.3 MOTIVACIÓN:

PRIMERO: ANÁLISIS TÉCNICO DE LOS DESCARGOS, ALEGATOS Y PRUEBAS APORTADAS EN LA CONTESTACIÓN AL ACTO DE

APERTURA Y EN LA AUDIENCIA SOLICITADA POR LA OPERADORA:

El área técnica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, mediante **INFORME No. IT-CZO2-AA-2016-0008**, remitido al área jurídica con Memorando Nro. ARCOTEL-CZO2-2016-0344-M de 28 de octubre de 2016, realizó el análisis de la contestación de la compañía OTECEL S.A. al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008; así como también de los alegatos y pruebas presentadas durante la realización de la Audiencia concedida dentro de la etapa de evacuación de pruebas; en lo principal dicho análisis manifiesta:

“(…) 3. EN RELACIÓN A LOS DESCARGOS TÉCNICOS.-

3.1 CONTESTACIÓN DADA AL ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO. ARCOTEL-CZO2-2016-0008 MEDIANTE DOCUMENTO No. ARCOTEL-DEDA-2016-002884-E DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2016.-

La operadora del SMA OTECEL S.A., con Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-002884-E de 23 de septiembre de 2016, da contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008, en el que, en relación al hecho técnico identificado en el citado Acto, manifiesta lo siguiente:

3.1.1. PARTE 1

Entre las páginas 2 y 8, de la contestación presentada se manifiesta textualmente lo siguiente:

“... ”

2.1. INEXISTENCIA DE INFRACCION PREVISTA EN EL ARTICULO 118, LITERAL b) NUMERAL 5) DE LA LEY ORGANICA DE TELECOMUNICACIONES

El artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en su literal b) tipifica cuales son las infracciones de segunda clase, aplicables a los poseedores de títulos habilitantes y en el numeral 5, establece textualmente que constituye infracción la conducta positiva y manifiesta de “cobrar por servicios no contratados o no prestados”.

En efecto, tanto el Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-008 como el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-006 de 5 de agosto de 2016 de forma confusa, detallan una serie de presuntos incumplimientos que se imputan a mi representada, sin fundamento técnico ni fáctico, violando expresas normas legales y los cuales resumo a continuación:

- 1) Que no fue posible descargar el contenido desde el link <http://goo.gl/hxYJK7>*
- 2) Que previo al envío del link de descarga, se realizó el cobro efectivo por el servicio al abonado, usuario o cliente.*
- 3) Que la operadora no informó a sus abonados, clientes o usuarios, previo a la contratación del servicio, acerca de las condiciones y limitaciones del mismo.*
- 4) Que se realizaron cobros por contenido que no llegó al terminal, pues el mismo se encontraba apagado.*
- 5) Que no ha observado los derechos del abonado, cliente o usuario señalados en los artículos 22 y 24 de la Ley Orgánica de telecomunicaciones.*

Pese a que se detalla una serie de infracciones, tal como queda indicado, se imputa a mi representada la infracción prevista contenida en el numeral 5 del literal b) del Artículo 118, que se refiere exclusivamente a “cobrar por servicios no contratado o no prestados”, y a lo largo de la extensa documentación enviada, no se explica con fundamentos técnicos y fácticos las infracciones ocurridas e incluso se pretende con afirmaciones genéricas e inexactas sustentar infracciones no cometidas.

*En efecto, en materia de Derecho Administrativo Sancionador es necesario que la Autoridad cumpla con el principio de tipicidad y de legalidad, que derivan en la garantía a la seguridad jurídica, de tal forma que toda imputación de infracción debe ser consecuencia de una previsión normativa en la que se describa de manera **clara, precisa e inequívoca** la conducta punible y los elementos que la componen, caso contrario resulta en la arbitrariedad y por lo tanto, la nulidad absoluta del acto administrativo notificado.*

La Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, mediante la emisión del Acto de Apertura NO. ARCOTEL-CZO2-2016-0008 de fecha 1 de septiembre de 2016, viola expresas normas constitucionales y legales que me permito citar a continuación:

*El Art. 226 de la Constitución de la República consagra el principio de legalidad y señala que “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.**”. En concordancia, el numeral primero del Art. 192 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) dice que “la potestad sancionadora de la Administración Pública, reconocida por la Constitución se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y **de acuerdo con lo establecido en esta norma.**” (negrita y subrayado son míos)*

De acuerdo con la Doctrina, García de Enterría en su libro Comentarios a la Ley Especial de Telecomunicaciones de España, estudia el principio de legalidad (previsto en nuestra legislación en el artículo 226 de la Constitución Política), y concluye que en el ámbito del Derecho Estatal Sancionador, este principio comprende dos garantías que citaremos a continuación:

- 1. “**Material**, de alcance absoluto, siendo de aplicación tanto en el ámbito penal como en el de las sanciones administrativas, que refleja la especial trascendencia del **principio de seguridad jurídica** en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual. Dicha garantía supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes mediante preceptos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen una infracción y las penas o sanciones aplicables. Se traduce pues en la triple exigencia de *lex scripta, lex previa y lex certa.*”*
- 2. “**Formal**, referida al rango necesario de las normas tipificadoras de las infracciones y reguladoras de las sanciones.” Es decir, lo denominado “reserva de ley” para la tipificación de infracciones y sanciones.*

Efectivamente, la regla de la tipicidad en materia administrativa resulta de especial importancia para los Administrados y para que habilite la posibilidad de la Autoridad - en este caso el ARCOTEL- de imponer sanciones.

Según la Doctrina, “la tipicidad aparece como corolario obligado del principio de legalidad, que juega un doble sentido, esto es como una garantía frente a la

determinación subjetiva o discrecional de los hechos que configuran el ilícito penal y como una forma de prevención individual y social, en la medida de que el conocimiento público y oficial de la acción punible desalienta la comisión de los hechos reprimidos por la ley. A este respecto el principio de tipicidad legal **requiere tanto la descripción de los hechos que definen cada contravención como que se precisen las penas a aplicarse en cada supuesto típico...** ““ (negrita y subrayado son míos)

En efecto, la garantía a la seguridad jurídica se fundamenta según el artículo 82 de la Constitución en el “respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”

Conforme podrá ser verificado por su autoridad, la conducta de la que se hace responsable a OTECEL S.A. no se encuentra configurada en ninguno de los casos antes indicados, por el contrario, se evidencia que el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-006 de 5 de agosto de 2016, adolece de **errores técnicos insubsanables**, respecto de la funcionalidad del CLUB DIVERSIÓN, y, por lo tanto, las pruebas técnicas realizadas no sirven de fundamento alguno para el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador y no configuran bajo ningún concepto el supuesto de hecho para que se impute la infracción prevista en el numeral 5) del literal b) del Artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Efectivamente, el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-006 de 5 de agosto de 2016, al ser un acto de simple administración, de conformidad con el artículo 71 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) “tiene el propósito de facilitar elementos de opinión o juicio, para la formación de la voluntad administrativa y forma parte de los actos previos a la emisión de dicha voluntad” y sólo puede ser impugnado si éste ha servido de fundamento de la emisión del acto administrativo notificado al particular. En el presente caso, el informe técnico no facilita los elementos de juicio, sino por el contrario, confunde la realidad de los hechos y de la forma en la que el servicio del CLUB DIVERSIÓN realmente opera, por lo que se ve vulnerado nuestro derecho a la seguridad jurídica.

Es así como según la ley, los informes técnicos no pueden ser arbitrarios, ni pueden pretender inducir a error a la Autoridad con premisas inexactas, como en el presente caso, utilizando pruebas que no corresponden para la funcionalidad del CLUB DIVERSIÓN y bajo ninguna consideración pueden ser utilizados como fundamento técnico de un procedimiento administrativo de sanción cuando adolecen de errores y vicios conforme quedará demostrado.

El Reglamento para el Control de la Discrecionalidad, prevé en el Art. 3, que “los funcionarios cuidarán que exista una adecuada y correcta apreciación de los presupuestos de hecho determinantes, y una acertada valoración que conduzca a que la toma de decisión se ajuste plenamente a los hechos que determinan la expedición del acto.” Es decir, que, para emitir procedimientos administrativos de sanción, debe existir la configuración de las infracciones que se imputan, y para que exista la adecuada aplicación de la Ley, deben configurarse los presupuestos de hecho de la norma, caso contrario la autoridad podría actuar con la arbitrariedad prohibida por la Constitución y la Ley.

En este sentido, los órganos de control, como la ARCOTEL deben cumplir con el principio de la interdicción de la arbitrariedad, previsto en el artículo 6, de la misma norma legal que señala que se prohíbe la arbitrariedad en todas sus formas y dentro del mismo, se incluye la obligación de aplicar el principio de razonabilidad y consagra que “no es suficiente que la motivación se constituya sobre premisas, **sino que estas deben**

ser verdaderas.” Resulta lógica esta aseveración, pero cuando un informe técnico se sustenta en pruebas no aptas para el servicio que pretende regular; o por el contrario no se comprende sus características, beneficios y limitaciones, entonces se incurre en errores inexcusables.

Efectivamente, los errores cometidos por la Autoridad al realizar las pruebas de validación, son insubsanables, y no pueden constituirse en una discrecionalidad técnica que induzca a sancionar por infracciones no cometidas por mi representada y no verificadas, pues se estaría violando mi derecho al debido proceso y a la defensa, consagrados en la Constitución.

La garantía del debido proceso consolida la seguridad jurídica que constituye el elemento esencial y patrimonio común de la cultura del Estado de derechos y justicia; garantiza la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y la ley; es la confiabilidad en el orden jurídico, la certeza sobre el derecho escrito y vigente, es decir, el reconocimiento y la previsión de la situación jurídica.

En efecto, de conformidad con el artículo 7 del Reglamento para la Discrecionalidad señala que “La discrecionalidad técnica no debe implicar arbitrariedad, sino que es un supuesto especial de discrecionalidad reglada caracterizado por la presencia de un criterio económico, técnico o social permitidos por la ley o norma aplicable. Es decir, consiste en la facultad de apreciar y exteriorizar en cada supuesto lo mejor para el interés público con libertad de elección entre alternativas igualmente válidas, decidiendo por criterios, de oportunidad, económicos, técnicos o sociales.”

En el presente caso, no se efectuaron las pruebas con un criterio técnico, sino que se aplicaron pruebas de índole general para los servicios SMS PREMIUM, sin considerar la forma y funcionalidad del servicio del CLUB DIVERSION. Por lo tanto, resulta necesario aclarar que el CLUB DIVERSION le permite al usuario acceder a un portal web, en el cual se presenta un menú con información de: Noticias, Horóscopos, Entretenimiento, Tips y Descargas. El precio por día es \$0.32 + impuestos. Cuando un usuario se suscribe a este servicio tiene disponible los siguientes beneficios:

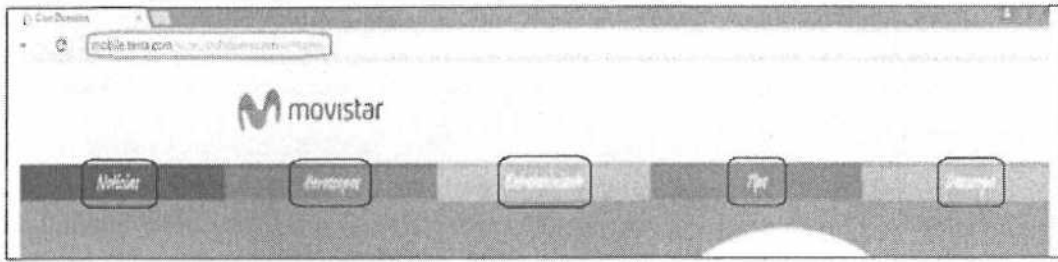
- 1. Descargar contenidos*
- 2. Acceso a todo el contenido disponible en este portal*

Además, al ser un portal web, el usuario puede acceder al mismo desde diferentes dispositivos (PC, Laptop, Tablet, etc.) no únicamente desde un terminal celular.

Es decir, desde que el cliente se suscribe al CLUB DIVERSION y realiza el pago respectivo tiene acceso al Portal Web, es importante aclarar que en este Servicio “CLUB DIVERSION”; el cliente NO RECIBE EL CONTENIDO DEL CLUB DIVERSION MEDIANTE UN SMS DE TEXTO, para acceder al contenido lo debe realizar a través de un portal web en el momento que el usuario lo desee.

El SMS que recibe en forma diaria únicamente es informativo, pues el servicio se encuentra disponible en el Portal Web desde el momento de la suscripción y del cobro diario efectivo.

El servicio del CLUB MOVISTAR se encuentra disponible en el enlace <http://mobile.terra.com/sc/ec/clubdiversionmov/home/>, al cual accede el cliente y encuentra el siguiente Menú:



En la misma sección se puede encontrar más información como se presenta en la siguiente pantalla:



A continuación, se presenta una pantalla de cada sección disponible para el cliente:

SECCIÓN NOTICIAS:



SECCIÓN HORÓSCOPOS:



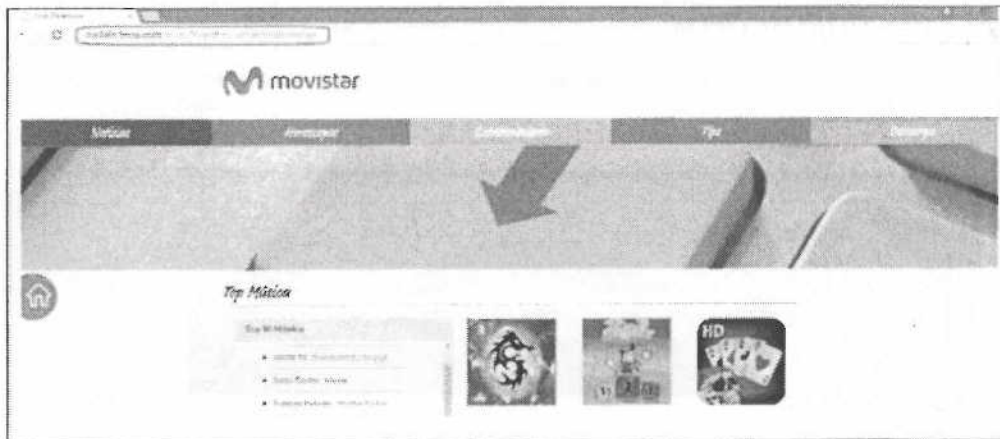
SECCIÓN ENTRETENIMIENTO:



SECCIÓN TIPS:



SECCIÓN DESCARGAS:



...

ANÁLISIS:

Entre otros, la operadora manifiesta que, "(...) resulta necesario aclarar que el CLUB DIVERSION le permite al usuario acceder a un portal web, en el cual se presenta un menú con información de: Noticias, Horóscopos, Entretenimiento, Tips y Descargas ... Además, al ser un portal web, el usuario puede acceder al mismo desde diferentes dispositivos (PC, Laptop, Tablet, etc.) no únicamente desde un terminal celular. (...)", argumento que no se considera en el presente análisis ya que no tiene relación directa con el presupuesto de hecho por el que se emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008.

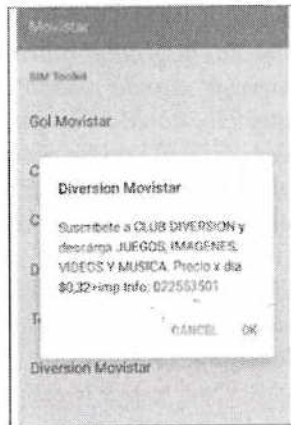
Por otro lado, la operadora manifiesta que el SMS diario recibido por el usuario es únicamente informativo, puesto que el servicio como tal es proporcionado a través del portal web desde el momento de la suscripción, argumento contrario al mensaje de bienvenida al servicio, recibido cuando se efectuó la prueba (literal c) apartado 5.1.1.1 PRUEBA A TRAVÉS DEL ENVÍO DE SMS del Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005), en el que se indicó: "Bienvenido te acabas de suscribir a Club Diversión, **recibirás diariamente 1 SMS**. PrecioxDía \$0.32+imp. Para cancelar envía SALIR al 7676" (el resaltado en negrita y subrayado me pertenece).

3.1.2. PARTE 2

Entre las páginas 8 y 10 de la contestación presentada se manifiesta textualmente lo siguiente:

"...

ACTIVACIÓN CLUB DIVERSION: El canal de captación comercial hacia nuestros clientes habilitado para este servicio de CLUB DIVERSION, es a través del menú simcard Movistar, donde previo a la contratación se despliega un mensaje con información del servicio, como la tarifa, frecuencia de cobro y un número telefónico en el cual el cliente puede obtener mayor información y solventar cualquier inquietud en relación al servicio:



Es decir, que en el presente caso la autoridad al realizar las pruebas de funcionalidad del CLUB DIVERSIÓN, no efectuó aquellas que correspondían desde el punto de vista técnico, con el criterio adecuado y finalmente induce a la Autoridad a iniciar el presente procedimiento administrativo de sanción de forma arbitraria. Efectivamente, la ARCOTEL comete los siguientes errores al realizar la validación:

- 1. En la prueba controlada y realizada por la ARCOTEL no se desplegó el mensaje de inicio indicado en el párrafo anterior, debido a que la suscripción al CLUB DIVERSIÓN se realizó en forma directa ingresando el código corto, y no de la forma en la que los usuarios, clientes, o abonados acceden.*

Esta información, para el acceso, fue obtenida por ARCOTEL del reporte entregado por OTECEL S.A. como parte de la Auditoría, de acuerdo a lo indicado en el numeral 5.1.1.1 PRUEBA A TRAVÉS DEL ENVÍO DE SMS del Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005 de 05 de agosto de 2016. Sin embargo, es preciso resaltar, que esta forma activación no está disponible para los clientes pues no se ha realizado comunicación en medios o campañas broadcast para captación de este servicio. El canal oficial y comercial para contratar este servicio es a través del menú simcard Movistar, en el cual consta toda la información correspondiente al servicio.

Sin embargo de lo anterior, y sin que constituya aceptación de infracción alguna, y como una mejora, OTECEL S.A. a la fecha, ha incluido en el mensaje de menú simcard de Club Diversión la URL en la cual se puede acceder a información de Términos y Condiciones, como se puede verificar a continuación:



...”

ANÁLISIS:

Sobre la base de lo manifestado en los párrafos anteriores por la operadora OTECEL S.A., el canal de captación comercial habilitado para el servicio CLUB DIVERSION, es a través del menú simcard Movistar, donde previo a la contratación se despliega un mensaje con información del servicio, como la tarifa, frecuencia de cobro y un número telefónico (022553501) en el cual el cliente podía obtener mayor información y solventar cualquier inquietud en relación al servicio; sin embargo, en la prueba realizada por la ARCOTEL no se desplegó el mensaje de inicio en mención, debido a que la suscripción se ejecutó mediante activación directa por código corto (la operadora menciona que dicha modalidad de contratación no está disponible para los clientes pues no se ha realizado al respecto comunicación en medios o campañas broadcast) y no mediante el canal oficial (menú simcard Movistar).

Adicionalmente manifiestan que la información de acceso al servicio fue obtenida por ARCOTEL del reporte entregado por OTECEL S.A. como parte de la Auditoria, de acuerdo a lo indicado en el numeral 5.1.1.1 PRUEBA A TRAVES DEL ENVIO DE SMS del Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005 de 05 de agosto de 2016.

Considerando lo señalado se ha procedido con la revisión de la información a la que hace referencia la operadora, verificando que la misma fue reportada por OTECEL S.A. mediante correo electrónico de fecha 14 de junio de 2016, mismo que se encuentra registrado en los antecedentes del mencionado informe y forma parte de sus anexos. A la mencionada comunicación electrónica se adjuntó el archivo "Entrega Información 14 de junio de 2016.zip", mismo que entre otros incluye el documento "REPORTE CONTENIDOS ARCOTEL vf.xlsx", en el cual se verificó principalmente que el integrador "Terra" con su producto "TERRA Club Diversión", tenía un costo diario de \$ 0.36 (INC. IVA), un shortcode "7676" y mantenía los siguientes canales de acceso habilitados: **CANAL SMS**, CANAL WAP, CANAL WEB, CANAL SAT PUSH, CANAL SIMCARD y CANAL APP (ver figura a continuación).

The image shows a screenshot of a spreadsheet with columns for 'Servicio', 'Operadora', 'Código', 'Descripción', 'Fecha de creación', and 'Fecha de modificación'. Below this, there is a table with columns for 'CANAL SMS', 'CANAL WAP', 'CANAL WEB', 'CANAL SAT PUSH', 'CANAL IVR', 'CANAL USSD', 'CANAL SIMCARD', and 'CANAL APP'. The 'TERRA Club Diversión' row has 'X' marks in the SMS, WAP, WEB, SAT PUSH, and APP columns.

Servicio	Operadora	Código	Descripción	Fecha de creación	Fecha de modificación	CANAL SMS	CANAL WAP	CANAL WEB	CANAL SAT PUSH	CANAL IVR	CANAL USSD	CANAL SIMCARD	CANAL APP
TERRA Club Diversión	OTECEL	0.36	Diario	14/06/2016	14/06/2016	X	X	X	X				X

Sobre la base de lo evidenciado en los párrafos anteriores, se determina lo siguiente:

- El "CANAL SIMCARD", no es el único medio a través del cual se puede acceder al servicio proporcionado por el integrador "Terra" con su producto "TERRA Club Diversión".
- El "CANAL SMS", representa un medio totalmente válido de contratación del servicio proporcionado por el integrador "Terra" con su producto "TERRA Club Diversión", con lo cual se reafirma la validez de la prueba ejecutada por la ARCOTEL y se concluye que no existe modo alguno en que el usuario que decida acceder al servicio mediante esta modalidad, pueda tomar conocimiento previo a la contratación, respecto de las condiciones del servicio prestado.

3.1.3. PARTE 3

En la página 10 de la contestación presentada se manifiesta textualmente lo siguiente:

“ ...

2. Por otra parte, el terminal que utilizó ARCOTEL para la prueba controlada, no era compatible (debido a su sistema operativo de acuerdo a lo señalado en las condiciones del servicio) para descargar el contenido del Portal Web, conforme se detalló en el SMS de texto (pág. 8 Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005) “Estimado Usuario su modelo de celular No soporta este tipo de contenidos, lo invitamos a realizar el cambio a una terminal de nuestra tecnología GSM’ (SIC), sin embargo el acceso al portal estaba disponible, y la descarga del contenido lo podía realizar desde diferentes dispositivos (PC, Laptop, Tablet, etc.), conforme lo señalado en las condiciones del servicio.

En consecuencia, la Autoridad al emitir el Informe técnico y al iniciar el presente procedimiento de sanción, no ha cumplido con los presupuestos técnicos para la evaluación de la funcionalidad del CLUB DIVERSION, e inclusive elude obligaciones que todo consumidor y usuario debe tomar en cuenta al contratar un servicio según lo previsto en el artículo 5 de la Ley de Defensa al Consumidor, que es: numeral 1) propiciar y ejercer el consumo racional y responsable de bienes y servicios; numeral 4) informarse responsablemente de las condiciones de uso de los bienes y servicios a consumirse. Es decir, no sólo que pretende evaluar el funcionamiento del CLUB DIVERSION, sin entender sus características y limitaciones, sino que al realizar las pruebas, utiliza terminales que efectivamente no son aptos para el uso del mismo, desconociendo las advertencias que OTECEL S.A. realiza de forma clara y expresa.

*En consecuencia, queda demostrado que el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005, el Informe Jurídico emitido en razón de aquel y el Acto de Apertura ARCOTEL-CZO2-2016-008 de 1 de septiembre carecen de total motivación y son nulos de pleno derecho.
...”*

ANÁLISIS:

La operadora manifiesta que “(...) el terminal que utilizó ARCOTEL para la prueba controlada, no era compatible (debido a su sistema operativo de acuerdo a lo señalado en las condiciones del servicio) para descargar el contenido del Portal Web, conforme se detalló en el SMS de texto (pág. 8 Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005) “Estimado Usuario su modelo de celular No soporta este tipo de contenidos, lo invitamos a realizar el cambio a una terminal de nuestra tecnología GSM’ (SIC), sin embargo el acceso al portal estaba disponible, y la descarga del contenido lo podía realizar desde diferentes dispositivos (PC, Laptop, Tablet, etc.), conforme lo señalado en las condiciones del servicio. (...)”

Respecto al mensaje de texto que a decir de la operadora se encuentra incluido en la página 8 del Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005, es necesario resaltar que el mismo fue recibido después de haber ejecutado la contratación, es decir, luego de realizado el cobro respectivo, y como se evidencia, hace referencia a “...su modelo de celular No soporta este tipo de contenidos, lo invitamos a realizar el cambio a una terminal de nuestra tecnología GSM” y no a aspectos relacionados con que el terminal no era compatible debido al sistema operativo. Adicionalmente, se considera que dicho argumento carece de sustento técnico, puesto que el terminal usado en las pruebas ejecutadas sí soporta la tecnología GSM.

- Finalmente la operadora presenta como conclusiones de las pruebas ejecutadas las siguientes: OTECEL S.A. cobró por el Servicio de SMS Premium “CLUB DIVERSION” de acuerdo a la condiciones y conforme lo contratado a través de la línea de prueba de ARCOTEL, que desde el momento de la suscripción se tenía acceso y disponibilidad al servicio del portal web, que el acceso al servicio se lo puede realizar desde diferentes dispositivos (PC, Laptop, Tablet, etc.), que el cliente no recibe el contenido del CLUB DIVERSION mediante un SMS de texto, que previo a la suscripción de este servicio se presenta al cliente un mensaje en el MENÚ SIMCARD que además de la información de valor y frecuencia del cobro, contiene un número telefónico de contacto mediante el cual el cliente puede solventar cualquier inquietud y solicitar con detalle una explicación sobre el servicio y que el terminal que utilizó ARCOTEL para la prueba controlada, no era compatible para descargar el contenido del Portal Web.

Cabe señalar que las mencionadas conclusiones y argumentos respaldan y confirman los aspectos incluidos en la contestación emitida mediante Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-002884-E de 23 de septiembre de 2016, cuyo análisis ya se ha presentado en el numeral 3.1 del presente informe.

Adicionalmente, la ejecución de pruebas presentadas en el oficio No. ARCOTEL-DEDA-2016-003654-E de 6 de octubre de 2016, no desvirtúan técnicamente el hecho señalado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008 de 1 de septiembre de 2016, en el que se estableció: “(...) que no fue posible descargar el contenido desde el link <http://goo.gl/hxYJK7>, sin embargo, la operadora OTECEL S.A., previo el envío del link de descarga realizó el cobro efectivo por el servicio al abonado, cliente o usuario; adicionalmente, la Operadora no informó a sus abonados, clientes o usuarios, previo a la contratación del servicio, acerca de las condiciones y limitaciones del mismo y de la entrega del contenido. Además se verificó que se realizaron cobros por contenido que no llegó al terminal, pues el mismo se encontraba apagado; no se recibió ningún mensaje con el contenido diario que ofrecía la Operadora en los mensajes previos a la suscripción del servicio. Conducta con la cual no habría observado los derechos del abonado, cliente o usuario y las obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, expresamente señalados en los artículos 22 y 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; relacionados con la facturación correcta, oportuna, clara y precisa de los servicios expresamente contratados y efectivamente prestados; por lo que, de confirmarse la existencia del hecho y la responsabilidad de la operadora OTECEL S.A., podría incurrir en la infracción de segunda clase tipificada en el artículo 118, letra b) número 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuya sanción se encuentra tipificada en los artículos 121 y 122 de la Ley en referencia (...)”

3.3. ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS PRESENTADAS.-

- En el ordinal 3 del Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-002884-E de 23 de septiembre de 2016, mediante el cual el Abogado Lonny Fabián Espinoza Simancas, en su calidad de PROCURADOR JUDICIAL de la Compañía OTECEL S.A., da contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008, se solicita que “... 3.1. Se incorpore como prueba a mi favor el CD que contiene la información de descargo...”. Al respecto, se ha llevado a cabo la revisión del CD adjunto al Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-002884-E de 23 de septiembre de 2016, identificando que el mismo contiene el documento INFORME TÉCNICO - CONTESTACIÓN ACTO DE APERTURA ARCOTEL-CZO2-2016-0008.docx,

cuyos argumentos son los mismos presentados en la parte pertinente de la mencionada contestación y por lo tanto ya han sido considerados y analizados en el numeral 3.1 del presente informe.

- *En el ordinal 4 del Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-003654-E de 6 de octubre de 2016, remitido como alcance a la impugnación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008, se solicita “4. PRUEBA.- Se incorpore como prueba a mi favor las pruebas técnicas realizadas en la audiencia, las mismas que han sido detalladas en el presente escrito y los documentos que adjunto en un CD.”. Al respecto, se ha llevado a cabo la revisión del CD adjunto al Documento No. ARCOTEL-DEDA-2016-003654-E de 6 de octubre de 2016, identificando que el mismo contiene el documento Pruebas Técnicas Audiencia 4 de octubre de 2016.docx, cuyos argumentos son los mismos presentados en el mencionado alcance a la impugnación y por lo tanto ya han sido considerados y analizados en el numeral 3.2 del presente informe.*

4. CONCLUSIÓN.-

*Con base en el análisis expuesto, el Área Técnica de la Coordinación Zonal 2 considera que la operadora del Servicio Móvil Avanzado OTECEL S.A., **NO HA DESVIRTUADO TÉCNICAMENTE** el hecho señalado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008 de 1 de septiembre de 2016, puesto que de las pruebas realizadas por la ARCOTEL, cuyos resultados se presentaron en el Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005, motivante del citado Acto de Apertura, se desprende que no se pudo ejecutar la descarga del contenido pese a que el servicio fue previamente cobrado, es decir, la operadora realizó un cobro por un servicio no prestado.”.*

SEGUNDO: ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS DESCARGOS, ALEGATOS Y PRUEBAS APORTADAS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO:

El área jurídica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, a través de **Informe Jurídico N-o. ARCOTEL-JCZO2-R-2016-0016 de 15 de noviembre de 2016**, realiza en lo principal, el siguiente análisis:

“(…) ANÁLISIS DE LOS DESCARGOS, ALEGATOS Y PRUEBAS:

a.- INEXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN, FALTA DE TIPICIDAD Y DE LEGALIDAD, FALTA DE MOTIVACIÓN, QUE DERIVAN EN LA GARANTÍA A LA SEGURIDAD JURÍDICA DEL ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR:

La comparecencia de la compañía OTECEL S.A. se encuentra debidamente legitimada a través de su Procurador Judicial de conformidad con la documentación que acompaña al escrito de contestación del Acto de Apertura, que consiste en el poder de procuración judicial delegada a su favor; así como las diligencias probatorias solicitadas como prueba a su favor; y, los alegatos expuestos dentro de la Audiencia de Alegatos llevada a cabo el día 04 de octubre de 2016, a las 15h00, y, las demás constancias actuadas en el procedimiento.

La Operadora señala entre los principales argumentos jurídicos, la inexistencia de la infracción, la falta de motivación del Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador, así como del incumplimiento de los principios de tipicidad y de legalidad, que derivan en la garantía a la seguridad jurídica, así como

la violación de expresas normas constitucionales y legales; particularmente del Reglamento para el Control de la Discrecionalidad, Ley de Modernización del Estado, ERJAFE, etc.; citando además, normas, doctrina y jurisprudencia relacionada con la motivación de los actos administrativos y la arbitrariedad de la administración.

La Operadora expresa que: "... Pese a que se detalla una serie de infracciones, tal como queda indicado, se imputa a mi representada la infracción prevista contenida en el numeral 5 del literal b) del Artículo 118, que se refiere exclusivamente a "**cobrar por servicios no contratados o no prestados,**" y a lo largo de la extensa documentación enviada, no se explica con fundamentos técnicos y fácticos las infracciones ocurridas e incluso se pretende con afirmaciones genéricas e inexactas sustentar infracciones no cometidas.". Al respecto, es necesario establecer que este Organismo Desconcentrado, cumple expresamente con los principios de tipicidad y de legalidad, requisitos necesarios para garantizar la seguridad jurídica, el desarrollo sustentado en el acto de apertura, subsumiendo el hecho en una sola presunta infracción, la misma que se encuentra expresamente señalada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Por otra parte, la Operadora sostiene que la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, mediante la emisión del Acto de Apertura **No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008** de fecha 1 de septiembre de 2016, viola expresas normas constitucionales y legales, y se permite citar el Art. 226 de la Constitución de la República que consagra el principio de legalidad al señalar que: "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", en concordancia con el Art. 192 del ERJAFE; al respecto el presente procedimiento ha cuidado celosamente, los principios de juridicidad y legalidad, cumpliendo lo ordenado en la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, su Reglamento; y, normas aplicables.

Por otra parte, la Operadora en su contestación afirma que "... queda demostrado que el Informe Técnico No. IT-CCDS-RS-2016-005, el Informe Jurídico emitido en razón de aquel y el Acto de Apertura ARCOTEL-CZO2-2016-008 de 1 de septiembre carecen de total motivación y son nulos de pleno derecho (...)" ; citando como fundamento jurídico de su afirmación, la letra l) del numeral 7) del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, que prevé que "**las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas**", confundiendo indebidamente los actos de simple administración con la resolución que si constituye un acto administrativo. De conformidad con el artículo 74 del ERJAFE, los actos de simple administración por su naturaleza consultiva y preparatoria a la voluntad de la administración **no son impugnables**; y por otra parte, dicho artículo establece el derecho a impugnar "**el acto administrativo**" que omitió un informe cuando era necesario o cuando se sustentó en un informe erróneo, es decir la Resolución en la que se exprese la voluntad de la Administración, misma que crea, modifica o extingue derechos del administrado.

La Operadora incurre en un error conceptual cuando afirma que el acto de apertura del procedimiento administrativo sancionador constituye un "acto administrativo" que carece de "motivación"; afirmación que realiza esta Administración con sustento en la propia definición de acto administrativo contenida en el Art. 65 del ERJAFE, cuando establece que: "acto administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa". Esta definición no aplica al Acto de Apertura, en razón de que éste no produce efectos jurídicos de forma directa al administrado.

La Operadora asume que todos los actos que emite la administración son actos administrativos, sin tomar en cuenta que de acuerdo con el propio ERJAFE al cual cita recurrentemente, existen otra clase de actos como son: actos de simple administración; contratos administrativos, hechos administrativos; actos normativos; etc.

El acto administrativo es una institución jurídica que forma parte del Derecho Administrativo, rama del Derecho Público que se encarga de regular o normar tanto las actividades de la administración pública como la relación Estado-ciudadano, convirtiéndose en uno de los medios más comunes para manifestar la voluntad del Estado¹. Nuestro país, en cuanto se refiere a esta institución jurídica, ha adoptado las tendencias de tratadistas españoles como Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, y en especial de los argentinos Agustín Gordillo y Roberto Dromi, quienes a través de sus conocimientos han fortalecido el estudio doctrinario, legal y práctico del acto administrativo, de tal forma que sus conceptos y definiciones son la base en torno a la cual se estructuraron nuestras normas jurídicas sobre el acto administrativo y otras instituciones afines.

Estas normas se encuentran plasmadas en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), cuerpo legal que tiene como objetivo principal instituir la estructura general, el funcionamiento, el procedimiento administrativo común y las normas sobre responsabilidad de los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva.

Es importante aclarar que no todas las actuaciones de la Administración Pública son consideradas como actos administrativos, sino únicamente aquellas que modifiquen o alteren el status jurídico de una persona, es decir, todas las manifestaciones de la autoridad que afecten a sus derechos **subjetivos** o individuales de las personas, siguiendo así el enfoque restringido del acto administrativo propuesto por la corriente argentina del Derecho Administrativo; aunque en nuestro medio un acto administrativo también puede afectar ciertos derechos **objetivos** a un determinado conglomerado humano, pero en este caso, son conocidos bajo el nombre de actos normativos. En cambio, las actuaciones arbitrarias, omisiones y retrasos de los funcionarios públicos no son considerados como actos administrativos, pero por el contrario, son justiciables por los medios que establece la ley; siendo un claro ejemplo de esto las vías de hecho, las omisiones, el silencio administrativo y los meros pronunciamientos administrativos.

Es necesario conocer los aportes brindados por los estudiosos internacionales que se exponen a continuación:

Los españoles García & Fernández (2008) señalan que el acto administrativo es: "(...) La declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria. (...)"

Para los profesores argentinos:

Dromi (2009): "El acto administrativo es una declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa".

¹ Notas tomadas de la cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad Técnica Particular de Loja.

En cambio, para el Dr. Agustín Gordillo (2004) el acto administrativo es: "(...) una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata (...)"

Estas definiciones han sido acogidas por nuestra legislación, para la expedición de nuestras normas en materia del acto administrativo y específicamente por el Art. 65 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva – ERJAFE.

El acto administrativo, a nivel nacional, ha sido también motivo de varios estudios por parte de nuestros tratadistas, cuyos criterios coinciden o concuerdan con los anteriores, los cuales se exponen seguidamente:

El Dr. Marco Morales Tobar (2010) señala que: "Acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad de autoridad competente que versa sobre asuntos de la Administración Pública y que tiene efectos jurídicos de orden particular"

El Dr. Herman Jaramillo Ordóñez (2013), al respecto menciona: "Es un acto jurídico especial, y uno de los medios que se vale la administración pública para expresar su voluntad soberana y producir efectos jurídicos"

El Dr. Jorge Zavala Egas, en cambio, se inclina por la definición dada por Gallego y Menéndez (citado por Zavala Egas, 2011) quienes señalan que: **El acto administrativo es la Resolución (medida, decisión) unilateral de un sujeto en el ejercicio de poder público para un caso concreto... Acto administrativo es la resolución unilateral, con eficacia vinculante, de un caso concreto dictado por un sujeto cuando gestiona actividades y servicios administrativos públicos**".

Pero, en el fondo se puede evidenciar que los tratadistas, sean nacionales o extranjeros, coinciden ampliamente en sus criterios, al momento de definir al acto administrativo; de donde, se puede realizar un análisis a su definición legal, expuesta en el mencionado artículo 65 del ERJAFE, al tenor de los siguientes parámetros:

- **Declaración:** El acto administrativo es una declaración de la voluntad jurídica de la Administración Pública, es decir, el medio legal por el cual el Estado manifiesta su voluntad, sometido por las normas de derecho público competentes a cada uno de sus organismos e instituciones. Esta declaración puede ser de varios tipos de decisiones.
- **Unilateral:** Se dice que el acto administrativo es unilateral porque proviene de una sola voluntad jurídica, siendo exclusiva, en este caso, para las máximas autoridades de los organismos e instituciones públicas.
- **Ejercicio de la función administrativa:** Lógicamente, sólo quienes están en ejercicio de funciones públicas, siendo sus máximos personeros, tendrán la potestad para expedir actos administrativos, dado que son los representantes legitimados por el Estado para actuar en nombre del mismo y apegados a los deberes, atribuciones y competencias que la Constitución y la ley les confiere.
- **Productor de efectos jurídicos individuales:** **Con la expedición de un acto administrativo deviene la creación, modificación o extinción de los derechos y obligaciones del administrado. Como bien lo señala Zanobini (citado por Zavala Egas, 2011): "[...] el acto debe ser productor de efectos jurídicos, porque ese es el efecto propio del ejercicio de toda potestad**".

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS Y EFECTOS JURÍDICOS

Los elementos constitutivos y efectos jurídicos del acto administrativo, constan en los artículos 21, 66, 68, 84, 85, 86, 88, 100, 121, 122, 123, 124 y 126 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) y los artículos 76 y 226 de la Constitución de la República.

Si bien la doctrina ha logrado coincidir al momento de definir al acto administrativo, aún no se ha puesto de acuerdo al momento de determinar sus elementos constitutivos; sin embargo de ello, existe el intento de agruparlos en cuatro grandes grupos que son:

1. **Elementos Subjetivos** (La administración pública o el órgano público; la competencia, y la legalidad del titular puesto que sólo la máxima autoridad puede expedir actos administrativos en base a sus competencias y atribuciones);
2. **Elementos Objetivos** (El supuesto o presupuesto de hecho; objeto; causa; fin; motivo, motivación, entre los principales);
3. **Elementos formales** (El procedimiento y la forma del acto administrativo); y,
4. **Elementos accidentales** (La condición, el término y el modo).

Con relación a los elementos objetivos merece un especial análisis **la motivación**: es el elemento más importante de todos, porque le otorga al acto administrativo, los elementos fácticos y jurídicos necesarios para que las decisiones de la administración pública gocen de legitimidad y validez. Dicho de otra forma, la motivación permite a la autoridad pública exponer las razones de hecho y de derecho que le sirvieron para tomar una decisión. La motivación goza de esta importancia porque a nivel constitucional es una de las garantías del debido proceso, según lo dispuesto por el artículo 76 numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

Por otra parte, es necesario destacar que, como lo manifiesta la propia Operadora el Acto de Apertura tiene como finalidad cumplir con la potestad expresa que le otorga la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la cual en su Capítulo III regula y desarrolla el Procedimiento Administrativo Sancionador, dentro del cual, consagra en su Art. 125 la potestad sancionadora de la ARCOTEL, particularmente respecto de la naturaleza y requisitos del acto de apertura, en el Art. 126 dispone taxativamente que: **“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 descargos.”** (Lo resaltado me pertenece)

INSTRUCTIVO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE LA ARCOTEL

“DEL ACTO DE APERTURA

Art. 21.- Emisión del Acto de Apertura.- El documento, Acto de Apertura, deberá identificarse como tal, debiéndose especificar la Coordinación Zonal a la que responde el Organismo Desconcentrado que la emite, la numeración y la fecha en orden cronológico; y contendrá los elementos esenciales del o los hechos sancionables y su calificación jurídica para permitir el ejercicio del derecho a la defensa.

El Acto de Apertura debe indicar:

- a) El o los hechos que presuntamente constituyen la infracción;

b) La tipificación de las infracciones de las que se trate y las disposiciones presuntamente vulneradas;

c) Las posibles sanciones que procederían en caso de comprobarse su existencia; y,

d) El lapso de tiempo para formular los descargos de los que se crea asistido el presunto infractor.

El acto de apertura será elaborado por la Unidad Jurídica y remitido para la suscripción de la Autoridad Administrativa del Organismo Desconcentrado correspondiente. Se adjuntarán obligatoriamente, copia de los informes técnico y jurídico, con los anexos respectivos.

En el acto de apertura se deberá incluir el requerimiento para que el presunto infractor, de manera facultativa, señale el casillero judicial, correo electrónico de una o un defensor legalmente inscrito o el correo personal electrónico para futuras notificaciones, conforme lo dispuesto en el Código Orgánico General de Procesos”.

“DE LA RESOLUCION

Art. 30.- La resolución deberá identificarse como tal, debiéndose especificar la Coordinación Zonal a la que responde el Organismo Desconcentrado que la emite, la numeración y la fecha en orden cronológico; se emitirá dentro del término de veinte (20) días hábiles siguientes al vencimiento del lapso de evacuación de las pruebas, contado desde el día hábil siguiente desde la notificación de la providencia correspondiente.

Las resoluciones constituyen actos administrativos, por lo que deberán estar debidamente motivadas en derecho, de conformidad con las garantías básicas del debido proceso; deberán contar con un informe jurídico y, cuando se requiera, de un informe técnico previo.

Toda resolución será motivada, bajo pena de nulidad. No habrá tal 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. Las resoluciones se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que condujeron a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho.

La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación. (...)”.

JURISPRUDENCIA:

“ACTO ADMINISTRATIVO NULO²

Para la declaración de acto administrativo nulo se requiere identificar los requisitos sustanciales que son: subjetivos (competencia de la autoridad), objetivos (omisión que altera decisión final) y formales (motivación).

Extracto del Fallo: “IV SENTENCIA DE MÉRITO (...) 4.4.1.- i) De acuerdo a la doctrina, para que un acto administrativo sea considerado nulo es importante identificar los requisitos sustanciales para la emisión de los actos administrativos, los cuales son: **requisitos subjetivos** en relación a la competencia del titular, **requisitos objetivos** en cuanto al presupuesto de hecho, contenido, objeto, causa, motivo y fin

² Resolución No. 0326-2014 Corte Nacional de Justicia Juicio No. 0120-2011.

y, **requisitos formales** respecto al procedimiento, forma y la motivación. ii) Dentro de las normas vigentes se establecen como causales de nulidad de un acto administrativo los presupuestos establecidos en el artículo 59 literales a y b de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de los cuales se puede identificar en el literal a) el requisito subjetivo previsto en la doctrina, esto es la competencia de la autoridad que expide el acto. En cuanto al literal b), esta causal se refiere a los requisitos formales establecidos en la doctrina, y establece como presupuesto sine qua non, que únicamente existe nulidad cuando la inobservancia de las normas que regulan el procedimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión, es decir que la omisión sea de tal gravedad que altere la decisión final del acto. Por otro lado en otras disposiciones del ordenamiento jurídico también se recogen distintas causas por las cuales un acto administrativo puede estar investido de nulidad, como es el caso de la motivación prevista en la Constitución de la República en su artículo 76, numeral 7 literal I), que reza que las resoluciones que no se encuentren debidamente motivadas serán nulas (en este aspecto esta Sala Especializada debe señalar que la motivación consiste en la enunciación de los presupuestos de hecho y su vinculación a las normas jurídicas que han sido determinantes para la resolución). En el caso de existir falta de motivación en un acto administrativo, se estaría violentando el debido proceso, conforme la estructura de la actual Constitución.

Por otro lado, en el artículo 122 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), se prevé una nulidad similar a la establecida en la norma constitucional la cual obliga a que los actos administrativos que pongan fin a los procedimientos deben ser motivados. Este tipo de nulidad, como ya lo indicamos ut supra son aquellas que la doctrina la identifica dentro de los requisitos formales del acto administrativo (...)” (Lo resaltado y subrayado me pertenece)

En consecuencia, esta Administración afirma de manera enfática y categórica que el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0005, emitido por la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, contiene todos los elementos y requisitos descritos en el Art. 126 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones citados anteriormente; sobre los cuales se destaca que en el ordinal 2 del mismo, constan claramente detallados los fundamentos de hecho que presuntamente constituyen infracción, los fundamentos de derecho; en el ordinal 4 constan expresamente señalados la presunta infracción o tipificación así como la posible sanción; y en la página 11 se efectúa la notificación formal y se establece el término de 15 días laborables para que el presunto infractor formule sus descargos; acto que cuenta con el sustento suficiente de los respectivos informes técnico y jurídico, que forman parte integrante del mismo.

En resumen, esta Agencia ha dado estricto cumplimiento a la Constitución de la República, la cual entre las garantías básicas del debido proceso, dispone que sólo se podrá juzgar a una persona ante autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada “procedimiento”, es decir, del trámite contemplado en la propia Ley Orgánica de Telecomunicaciones; y, con fundamento en el orden jerárquico de aplicación de las normas establecido en el Art. 425 de la Norma Fundamental, no aplica la pretensión de la Operadora, de que dicho acto de apertura deba ser motivado, y peor aún los informes técnico y jurídico que sirvieron de sustento del Acto de Apertura; amparado en el Art. 4 del el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública, expedido en el año 2002, que dispone precisamente que “Siempre que la administración dicte actos administrativos, es requisito indispensable que motive su decisión en los

términos de la Constitución y este Reglamento (...)” (Lo resaltado y subrayado me pertenece)

Se aclara una vez más a la Operadora, que no cabe hablar de motivación del acto de apertura, sino del acto administrativo contenido en la respectiva Resolución que ponga fin al procedimiento administrativo sancionador, puesto que el acto de apertura no es una resolución y por lo tanto no contiene “decisión” alguna que deba motivarse, en los términos previstos en el Art. 76, número 7, letra l) de la misma Constitución de la República, que ordena de manera diáfana y terminante que “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas.” (Lo resaltado y subrayado me pertenece). Pero además se deja expresa constancia de que el Acto de Apertura cuenta con el suficiente sustento técnico y jurídico contenido en los respectivos informes, documentos que por ser actos de simple administración, no son impugnables, y contiene todos los requisitos establecidos en el artículo 126 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Con relación a los supuestos **“errores insubsanables”** cometidos por la Autoridad al realizar las pruebas de validación, y que no pueden constituirse en una discrecionalidad técnica que induzca a sancionar por infracciones no cometidas y no verificadas, pues se estaría violando el derecho de la Operadora al debido proceso y a la defensa, consagrados en la Constitución; se expresa que los argumentos técnicos, alegatos y pruebas presentadas por la Operadora en su contestación y en la audiencia de alegatos, han sido analizados por el Área Técnica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2, determinando en su análisis lo siguiente:

Por una parte, el argumento de la Operadora relacionado con que el usuario puede acceder al portal web desde diferentes dispositivos y no únicamente desde un terminal celular, no guarda relación directa con el presupuesto de hecho atribuido en el Acto de Apertura; y adicionalmente, lo manifestado por la Operadora en el sentido de que, el SMS diario recibido por el usuario es únicamente informativo puesto que el servicio como tal es proporcionado a través del portal web, resulta contradictorio con lo señalado en el mensaje de bienvenida al servicio en el que se indica: **“Bienvenido te acabas de suscribir al Club Diversión, recibirás diariamente 1 SMS. PrecioxDía \$0.32+imp. Para cancelar envía SALIR al 7676”**. (El resaltado en negrita y subrayado me pertenece)

Por otra parte, **se reafirmó la validez de las pruebas ejecutadas por la ARCOTEL**, al haberse comprobado que el acceso al servicio mediante el menú simcard de MOVISTAR, no es el único medio a través del cual se puede acceder al servicio proporcionado por el integrador “Terra” con su producto “Terra Club Diversión”; y por lo tanto, la prueba efectuada por la ARCOTEL, de manera directa ingresando el código corto (7676), representa un medio totalmente válido de contratación del servicio, sobre la base de lo cual se concluye que no existe modo alguno de que el usuario que decida acceder al servicio mediante esta modalidad, pueda tomar conocimiento previo a la contratación, respecto de las condiciones del mismo.

Adicionalmente, respecto al SMS de texto que a decir de la Operadora se encuentra incluido en la página 8 del Informe Técnico IT-CCDS-RS-2016-0005, mismo que hace referencia a: “... su modelo de celular No soporta este tipo de contenidos, lo invitamos a realizar el cambio a una terminal de nuestra tecnología GSM”, y no a aspectos relacionados con que el terminal no era compatible debido al sistema operativo como se afirma en su contestación, fue desplegado después de haber ejecutado la contratación, es decir, luego de haber realizado el cobro respectivo, además es necesario considerar que el argumento señalado en el mismo carece de sustento

técnico puesto que el terminal usado en las pruebas ejecutadas si soporta la tecnología GSM. Por otro lado, en el mensaje de texto recibido después del mensaje de bienvenida (de igual manera posterior al cobro respectivo) se señala: “Con Club Diversión comienza a descargar ilimitadamente a: <http://goo.gl/hxYJK7>”, sin embargo, como se evidenció en la ejecución de la prueba, no se pudo realizar la descarga del contenido, incumpliendo de este modo lo indicado en el antes citado mensaje y efectuando el cobro por un servicio que no fue efectivamente prestado; por lo que, se concluye que **la Operadora NO HA DESVIRTUADO TÉCNICAMENTE el hecho señalado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008 de 1 de septiembre de 2016.** Afirmación con la cual, se destruye el argumento de la Operadora de inexistencia del hecho y de la infracción prevista en el número 5 del literal b) del Art. 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, así como la falta de tipicidad y de legalidad que derivan en la garantía a la seguridad jurídica.

En consecuencia, se rechaza también lo manifestado por la Operadora, en el sentido que esta Administración aplica de manera “arbitraria” la previsión normativa del artículo 118, letra b), número 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, lo cual acarrearía la nulidad del Acto de Apertura notificado, puesto que en el informe jurídico y en el acto de apertura, se describe y determina de forma objetiva el hecho y la conducta que presuntamente constituye infracción, en estricto cumplimiento al procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, particularmente al Art. 125 ibidem, al evidenciarse que en cuanto al Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008, el Coordinador Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, cumple con las normas del debido proceso señaladas en la Constitución, Ley Orgánica de Telecomunicaciones y en el Instructivo de Procedimiento Administrativo Sancionador de la ARCOTEL; en consecuencia, se rechazan por carecer de fundamento jurídico los alegatos y argumentos presentados por la Operadora respecto a la inexistencia de la infracción por falta de motivación, falta de tipicidad, falta de legalidad, y violación del principio de seguridad jurídica del Acto de Apertura, y tampoco se acepta o reconoce la existencia de violación de expresas normas constitucionales y legales.

b.- SOBRE LA INEXISTENCIA DE AFECTACIÓN AL USUARIO:

La defensa de la compañía OTECEL S.A., resalta que:

“(...) en el presente caso, no existe afectación, daño o perjuicio al usuario. No existe tampoco la configuración del tipo penal ni imputabilidad a mi representada de la infracción que persigue sancionar el ARCOTEL en el Acto de Apertura NO. ARCOTEL-CZO2-2016-0008.

OTECCEL S.A. cobró por el Servicio de SMS Premium “CLUB DIVERSION”(sic) de acuerdo a la (sic) condiciones y conforme lo contratado a través de la línea de prueba de ARCOTEL (min 0995393523), desde el momento de la suscripción se tenía acceso y disponibilidad al servicio del portal web <http://mobile.terra.com/sc/ec/clubdiversionmov/home/http://goo.gl/ZZnCje>, el acceso al servicio se lo puede realizar desde diferentes dispositivos (PC, Laptop, Tablet, etc.) no únicamente desde un terminal celular.

Por otro lado, previo a la suscripción de este servicio, se presenta al cliente un mensaje en el menú simcard que además de la información de valor y frecuencia del cobro, contiene un número telefónico de contacto, mediante el cual el cliente

puede solventar cualquier inquietud y solicitar con detalle una explicación sobre el servicio, considerando que por la limitación de caracteres no es posible incluir un detalle de condiciones y restricciones en el SMS”.

Al respecto, el Área Técnica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2, manifiesta que el argumento acerca de que el usuario, desde el momento de la suscripción tenía acceso y disponibilidad al servicio del portal web <http://mobile.terra.com/sc/ec/clubdiversionmov/home/http://goo.gl/ZZnCje>) y que el acceso al servicio se lo puede realizar desde diferentes dispositivos y no únicamente desde un terminal celular, de acuerdo al análisis del ordinal 3.1.1 PARTE 1 constante en el Informe No. IT-CZO2-AA-2016-0008, dichos argumentos no guardan relación directa con el presupuesto de hecho por el que se emitió el Acto de Apertura. Por otro lado, lo señalado respecto a que OTECEL S.A. cobró por el servicio de SMS Premium “CLUB DIVERSIÓN” de acuerdo a las condiciones y conforme lo contratado a través de la línea de prueba de ARCOTEL, no corresponde a la verdad, por cuanto, según se señala en el análisis técnico del ordinal 3.1.2 PARTE 2 constante en el Informe No. IT-CZO2-AA-2016-0008, al haberse contratado el servicio de manera directa ingresando el código corto 7676 (medio totalmente válido de contratación del servicio), no existió modo alguno para que el usuario que accedió al servicio mediante esta modalidad, pueda tomar conocimiento previo a la contratación, respecto de las condiciones del servicio prestado.

Adicionalmente, la Operadora manifiesta que previo a la suscripción del servicio, se presentó al cliente un mensaje en el menú simcard que además de la información de valor y frecuencia del cobro, contiene un número telefónico de contacto, mediante el cual el cliente puede solventar cualquier inquietud y solicitar con detalle una explicación sobre el servicio, considerando que por la limitación de caracteres no es posible incluir un detalle de condiciones y restricciones en el SMS; al respecto, conforme el análisis técnico del ordinal 3.1.2 PARTE 2, mismo que ya ha sido citado en el párrafo anterior, la contratación del servicio se realizó de manera directa ingresando el código corto (7676), modalidad por medio de la cual no fue posible tomar conocimiento previo a la contratación, respecto de las condiciones del servicio prestado y menos aún acceder a la información de valor y frecuencia del cobro, ni al número telefónico de contacto señalado.

Finalmente, con relación a lo indicado por la Operadora, en el sentido que ha cumplido de forma cabal con todas las obligaciones previstas en el artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y ha respetado los derechos de los usuarios, citando expresamente los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 17 y 18 de dicho artículo, se aclara que este procedimiento no se inició por el presunto incumplimiento de los numerales señalados por la Operadora.

c.- PRONUNCIAMIENTO EXPRESO RESPECTO DE LA EXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRESUNTO INFRACTOR:

Del análisis técnico y jurídico de los argumentos, alegatos y pruebas presentadas por la compañía OTECEL S.A., se determina que la Operadora no ha desvirtuado la existencia del presupuesto de hecho que fuera señalado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2016-0008, emitido para la determinación de la presunta infracción; sumado al aval de presunción de responsabilidad y legitimidad de la que goza el informe técnico; y además, considerando que se ha materializado el derecho a la defensa por parte del administrado y al haberse rebatido todos los argumentos y alegatos de carácter técnico y jurídico esgrimidos por la Operadora; se establece como consecuencia

jurídica de la existencia del hecho infractor y la responsabilidad de la expedientada, es decir la facturación y cobro por servicios no prestados, generando de este modo un ingreso del servicio, el cual según el Anexo 1 del Contrato de Concesión de la Operadora, se define como aquel que proviene del uso del mismo y que se factura ya sea mediante pensión básica, cargo por el acceso, cobro por minuto, cobro por evento, por bits o **cualquier otra modalidad**, inobservando de esta manera los derechos del usuario y las obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, relacionados con la facturación correcta, oportuna, clara y precisa de los servicios expresamente contratados y efectivamente prestados; ya que el usuario no pudo ejecutar la descarga del contenido pese a que el servicio fue previamente cobrado, es decir, la operadora realizó un cobro por un servicio no prestado; configurándose la comisión de la infracción de Segunda Clase tipificada en el artículo 118 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, letra b, número 5: **Cobrar por servicios no contratados o no prestados**, por adecuarse manifiestamente el presupuesto fáctico al previsto en la norma legal que se cita como sustento.

d.- ANÁLISIS DE ATENUANTES Y AGRAVANTES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN:

El área jurídica de esta Coordinación Zonal 2 ha procedido a la revisión del Sistema de Infracciones y Sanciones institucional y de los archivos de esta Agencia, de la cual se verifica que OTECEL S.A. no ha sido sancionado por la misma causa y efecto, en los nueve meses anteriores a la fecha de apertura del presente procedimiento administrativo sancionador, por lo que se estima procedente considerar el atenuante 1 señalado en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, respecto a “**No haber sido sancionado por la misma infracción, con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento sancionador**”; y, no se considera la existencia de ninguno de los restantes tres atenuantes relativos a haber admitido la infracción; haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción; y haber reparado integralmente los daños causados con ocasión de la comisión de la infracción.

Por otro lado, se considera que no existe ninguno de los tres agravantes establecidos en el artículo 131 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

e.- DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Sobre la sanción económica que corresponde aplicar, esta se regula sobre la base de la existencia de uno de los atenuantes previstos en el artículo 130 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones analizado, en el párrafo anterior.

Considerando lo indicado en el Artículo 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el monto de referencia se obtiene con base en los ingresos totales de la compañía OTECEL S. A., correspondientes a la declaración de Impuesto a la Renta del ejercicio económico 2015, con relación al Servicio Móvil Avanzado, monto que de acuerdo a lo indicado en el Memorando Nro. ARCOTEL-CTHB-2016-0198-M de 29 de septiembre de 2016, asciende a la cantidad de 596'837.583,23 USD (QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y TRES DÓLARES CON 23/100).

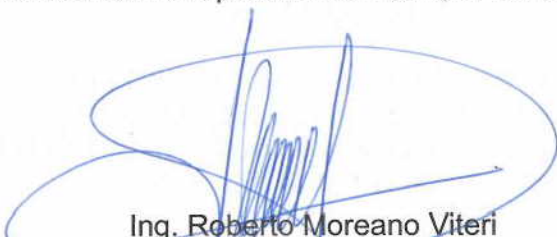
Conforme lo prevé el artículo 121 de la referida Ley, para las **infracciones de segunda clase**, la multa será de entre el 0,031% al 0,07%, del monto de referencia, por lo que considerando que en el presente caso existe una de las cuatro atenuantes que señala el artículo 130 de la Ley de la materia, y no existen ninguna de las agravantes que indica el artículo 131 de la misma Ley, se obtiene que el valor de

Artículo 5.- INFORMAR a la compañía OTECEL S.A., que tiene derecho a recurrir de esta Resolución, conforme lo dispone el artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, a través de Recurso de Apelación ante la señora Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones dentro del término de quince (15) días -hábiles- contados desde el día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución. La interposición del Recurso no suspende la ejecución del acto impugnado, en observancia de lo establecido en el segundo inciso del artículo 134 de la Ley citada.

Artículo 6.- NOTIFICAR a la compañía OTECEL S.A., cuyo Registro Único de Contribuyentes, RUC es No. 1791256115001, con la presente resolución, en su domicilio ubicado la Av. de la República E7-16 y La Pradera esquina, Edificio Movistar, 9no. Piso, del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha; así como a la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2, y a la Unidad de Gestión Documental y Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, a fin de que notifique a las Unidades correspondientes.

Notifíquese y cúmplase.-

Dada y firmada en el Distrito Metropolitano de Quito, a 16 de noviembre de 2016.


 Ing. Roberto Moreano Viteri
COORDINADOR ZONAL 2
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS
TELECOMUNICACIONES (ARCOTEL)



<i>Elaborado por:</i>	<i>Revisado por:</i>
<i>Dr. Gustavo Guerra</i> 	<i>Ab. Eduardo Carrión</i> <i>Ing. María José Meza</i> <i>Ing. Ivonne Vásquez</i> <i>Ing. Byron Avilés</i> 