

## RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZO2-2017-009

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. TÍTULO HABILITANTE

Mediante Resolución TEL-131-04-CONATEL-2015, de 30 de enero del 2015, se resolvió la transferencia de la titularidad de Contrato de Concesión del Servicio Final de telefonía Fija, Servicio de Telefonía Pública, Servicio Portador, Larga Distancia Nacional e Internacional, así como el Bloque de Frecuencias dados a la empresa ECUADORTELECOM S.A., a la Compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S. A. CONECEL S.A.

##### 1.2. FUNDAMENTO DE HECHO

La Dirección de Control de Servicios de Telecomunicaciones ha realizado una revisión de las facturas remitidas por la empresa CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL (ECUADORTELECOM S.A.), desde el mes de enero a diciembre del año 2016 y que fueron cargadas en el SAAD, encontrándose facturas en las que se observa el cobro de "**Gastos Administrativos**" en la prestación del servicio de telefonía fija.

Luego del análisis de las facturas, mismas que se encuentran en el Anexo 2 del Informe No. IT-CCDS-CT-2017-009, de 10 de marzo del 2017 se concluye lo siguiente:

#### *"(...) 6.- CONCLUSIÓN*

*Del análisis realizado se ha determinado que la operadora CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL-ECUADORTELECOM S.A., en las facturas verificadas del 2016, ha realizado cobro por valores de "Gastos Administrativos", en la facturación de enero a junio del 2016, los mismos que deberían estar incluidos en la tarifa del servicio de telefonía fija prestado por la operadora. El cobro de estos valores de "Gastos Administrativos", no cuentan con la aceptación expresa del usuario, y además no se encuentran estipulados ni pactados en los contratos de adhesión suscritos entre la operadora y sus abonados o clientes. (...)"*

##### 1.3. ACTO DE APERTURA

Por lo anterior, en fecha 24 de abril del 2017, se emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2017-0005, notificado a la empresa CONECEL S.A. el 04 de mayo del 2017, de conformidad con el Memorando ARCOTEL-CZO2-2017-0494-M de 05 de mayo del 2017.

En el Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2017-0005, se consideró en lo principal lo siguiente:

*"(...) Mediante Informe Jurídico ARCOTEL-JCZO2-2016-A-0005 de 24 de abril de 2017, el área jurídica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 estableció la procedencia de iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL – ECUADORTELECOM S.A., para lo cual realiza el análisis que relaciona los hechos determinados en el Informe Técnico IT-CCDS-CT-2017-009, de 10 de marzo de 2017, con las normas jurídicas, garantías básicas del debido proceso y principios generales de derecho, conforme consta del análisis legal que transcribo:*

**"4.- ANÁLISIS JURÍDICO.-** El sector de las telecomunicaciones es altamente regulado, en el que la normativa establece derechos y obligaciones de los usuarios clientes y abonados, que deben ser cautelados por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, como los establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: **"Artículo 22.- Derechos de los abonados, clientes y usuarios. (...)** 19. A que se mantengan las condiciones de prestación de los servicios contratados (...) **Artículo 23.- Obligaciones de los abonados, clientes y usuarios. (...)** 3. Pagar por los servicios contratados conforme el contrato de prestación de servicios y a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente (...)"; e impone obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones que son de **ineludible cumplimiento**, porque han sido concebidas para ser respetadas y aplicadas, con el objeto de garantizar el servicio público que presta el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL. (ECUADORTELECOM S.A.)

Mediante Informe No. IT-CCDS-CT-2017-009 de 10 de marzo de 2017, reportado con Memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2017-0137-M de 24 de marzo de 2017, la Dirección Técnica de Control de Servicios de Telecomunicaciones de la ARCOTEL, en relación a la verificación de cobros de acuerdo a lo pactado en los contratos de adhesión de CONECEL, concluye: **"Del análisis realizado se ha determinado que la operadora del Servicio Móvil Avanzado "CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL (ECUADORTELECOM S.A.)" en las facturas verificadas del 2016, ha realizado cobros por valores de "Gastos Administrativos", en los meses de enero a junio de 2016, los mismos que deberían estar incluidos en la tarifa del servicio de telefonía fija prestado por la operadora. El cobro de estos valores de "Gastos Administrativos", no cuenta con la aceptación expresa del usuario y además no se encuentran estipulados ni pactados en los contratos de adhesión suscritos entre la operadora y sus abonados o clientes."**; conducta con la cual, estaría inobservando lo establecido en el número 19 del artículo 22 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; y, riñendo con lo prescrito en el artículo 64 de la norma ibídem, **Reglas aplicables:** Las tarifas y precios para todos los servicios de telecomunicaciones deberán tener en cuenta los siguientes preceptos generales: (...) **7.(...) en ningún caso incorporarán valores de prestaciones, productos o servicios no solicitados por los usuarios."**, que se relaciona con obligaciones señaladas en los números 3 y 4 del artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; por lo que, de confirmarse la existencia del incumplimiento y la responsabilidad por parte del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL (ECUADORTELECOM S.A.), en el fundamento de hecho señalado, podría incurrir en la infracción tipificada en el artículo 118, letra b, número 5 de la Ley

*Orgánica de Telecomunicaciones, cuya sanción se encuentra determinada en los artículos 121 y 122 de la Ley en referencia. (Lo resaltado en negrita me pertenece). (...)"*

## 2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL ORGANISMO DESCONCENTRADO:

### 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 en negrilla 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.- Los incisos primero y segundo, determinan: "**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.-** Los incisos primero y segundo, determinan: "**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.”

**Oficio Circular Nro. ARCOTEL-DEAR-2016-0001-C de 10 de agosto de 2016**

La entonces Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, dispuso 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.”

**RESOLUCIONES ARCOTEL**

**Resolución No. 06-05-ARCOTEL-2017 de 17 de mayo de 2017**

El Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en el artículo 1 resuelve: “Designar al Eco. Pablo Xavier Yáñez Saltos como Director Ejecutivo 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 04-03-ARCOTEL-2017 de 10 de mayo de 2017, publicada en el Registro Oficial - Edición Especial No. 13, del miércoles 14 de junio de 2017.**

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)*

“CAPÍTULO III

DE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA

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 (...).

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-2017-0137-M, "...para los resultados del control efectuado y que se encuentran plasmados en el informe indicado, se consideró la información proporcionada por la operadora que corresponde a usuarios del servicio de telefonía fija que brinda CONECEL S.A. (Ecuadortelecom S.A.) a nivel nacional."

## 2.2. PROCEDIMIENTO

### LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

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 Artículo 125 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

### 2.3. IDENTIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y SANCIÓN

Con la finalidad de determinar la presunta infracción y sanción, se debe considerar lo siguiente:

### LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES.

**"Artículo 24.- Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones.**

Son deberes de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, con independencia del título habilitante del cual derive tal carácter, los siguientes: (...)

3. *Cumplir y respetar esta Ley, sus reglamentos, los planes técnicos, normas técnicas y demás actos generales o particulares emitidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información así como lo dispuesto en los títulos habilitantes.*

4. *Respetar los derechos de los usuarios establecidos en esta Ley y en el ordenamiento jurídico vigente. (...)*

**Artículo 64.- Reglas aplicables.**

7. **Las tarifas y precios corresponderán a los servicios expresamente contratados y en ningún caso incorporarán valores de prestaciones, productos o servicios no solicitados por los usuarios.** (El resaltado en negrita me pertenece).

**REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGANICA DE TELECOMUNICACIONES**

**“Artículo 62.- Tarifa.- (...)** Las tarifas solo son aplicables a los servicios expresamente contratados y que hayan sido efectivamente prestados con posterioridad a la suscripción del respectivo contrato y sus anexos, **en ningún caso incorporarán valores de prestaciones, productos o servicios no solicitados por los usuarios.**” (El resaltado en negrita me pertenece)

**PRESUNTA INFRACCIÓN Y SANCIÓN**

En el título XIII sobre el régimen sancionatorio en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se establecen diferentes sanciones en cuanto a su gravedad y en el caso presente se considera como presuntamente tipificada la siguiente disposición:

**a) Infracción**

**“Artículo 118.- Infracciones de Segunda Clase.- (...)**

*b. Son infracciones de segunda clase aplicables a los 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 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 correspondiente 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 señor Francisco Teodoro Maldonado Guevara, en calidad de Procurador Judicial del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, contestó al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2017-0005, mediante oficio N° GR-884-2017 de 24 de mayo de 2017, ingresado con registro No. ARCOTEL-DEDA-2017-008166-E de 25 de mayo de 2017; posteriormente, presenta la documentación no anexada en el oficio antes

mencionado, con oficio GR-1032-2017 de 02 de junio de 2017, ingresado con No. ARCOTEL-DEDA-2017-008930-E de la misma fecha; adicionalmente, presenta un nuevo escrito con oficio GR-1218-2017 de 28 de junio de 2017, ingresado con No. ARCOTEL-DEDA-2017-010322-E de la misma fecha, los que fundamentalmente manifiestan:

#### PRIMER ESCRITO

"(...)

#### 1. ANTECEDENTES

Señor Coordinador su despacho a foja 2 de 11 señalo:

"(...) **CONCLUSIÓN** (...) CONECEL en las facturas verificadas del 2016, ha realizado cobros por valores de Gastos Administrativos, en los meses de enero a junio de 2016, los mismos que deberían estar incluidos en la tarifa del servicio de telefonía fija prestado por la operadora. El cobro de estos valores de "Gastos Administrativos", no cuentan con la aceptación expresa del usuario y además no se encuentran estipulados ni pactados en los contratos de adhesión suscritos entre la operadora y sus abonados o clientes"

Posteriormente vuestro despacho hace referencia al informe jurídico ARCOTEL-JCZ02-A-2017-0005, así

"(...) ha realizado cobro por valores de Gastos Administrativos, en los meses de enero a junio de 2016, los mismos que deberían estar incluidos en la tarifa del servicio móvil avanzado prestado por la operadora. **El Cobro de estos valores de Gastos Administrativos, no cuenta con la aceptación expresa del usuario y además no se encuentran estipulados ni pactados en los contratos de adhesión suscrito entre la operadora y sus abonados o clientes.** Conducta con la cual, estaría inobservado lo establecido en el número 19 del artículo 22 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; y riñendo con lo prescrito en el artículo 64 de la norma ibídem Reglas aplicables: Las tarifas y precios para todos los servicios de telecomunicaciones deberán tener en cuenta los siguientes preceptos generales ( . . . ) 7 ( . . . ) en ningún caso incorporaran valores de prestaciones, productos o servicios no solicitados por los usuarios, que se relaciona con obligaciones señaladas en los números 3 y 4 del artículo 24 ( . . . )" (el subrayado me pertenece)

Señor Coordinador Ud., definió en el Acto de apertura No. ARCOTEL-CZO2-2017-0005 como mercado de servicio en el cual presuntamente se cometieron las infracciones al **servicio de telefonía fija no al Servicio Móvil Avanzado**<sup>1</sup>, recordando además que nuestro título habilitante no es de Servicio Móvil Avanzado conforme se desprende del capítulo tres de nuestro contrato de concesión, error<sup>2</sup> que vicia la totalidad del informe.

Finalmente el Informe IT-CCDS-CT-2017-009 como parte de la motivación recogida por vuestro acto Administrativo<sup>3</sup>, contempla lo siguiente:

A foja 4 "De lo indicado anteriormente se observa que, para la operadora, los Gastos Administrativos son gastos "vinculados a los costos que se generan mensualmente en la operación de la compañía". **Si bien es cierto, estos no son servicios de telecomunicaciones**, son elementos que la operadora utiliza y necesita para la prestación del servicio de telefonía fija a sus abonados suscriptores; por tanto

son inherentes a la prestación y deben ser considerados al momento que la operadora determina y establece las tarifas de los servicios de telecomunicaciones, por lo tanto, este valor "Gastos Administrativos", es un valor que debe regirse bajo lo establecido en el Art. 62 del RLOT, es decir, los abonados usuarios deben pagar TARIFAS a cambio de la prestación de servicios de telecomunicaciones; (...) en consecuencia, los rubros por concepto de "Gastos Administrativos" deben ser parte de la tarifa por la prestación del servicio contratado y efectivamente prestado" (el resaltado me pertenece)

A foja 9 "Considerando la información anterior de las cláusulas anteriores, se determina que no existe ningún texto que indique se deba incluir en la facturación valores por GASTOS ADMINISTRATIVOS a los abonados; es decir, no se está pactando a través del contrato de adhesión, el cobro y facturación de este valor"

A foja 11 "(...) en ninguna de las cláusulas del contrato de adhesión y sus anexos se pacta con el abonado-suscriptor el cobro y facturación adicional de Gastos Administrativos (...)"

## 2. CONSIDERACIONES DE FONDO QUE VICIAN EL ACTO DE APERTURA

Señor Coordinador según García de Enterría el Acto administrativo es "La declaración de voluntad, de juicio de conocimiento, o de deseo de realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria." Así mismo, el Doctor Marco Morales lo definió como, "Una declaración unilateral de voluntad de autoridad competente que versa sobre asuntos de la Administración Pública y que tiene efectos jurídicos de orden particular"

Es apropiado agregar que los actos administrativos son declaraciones administrativas en que el acto se presenta como el ejercicio de una potestad administrativa, concepto que García de Enterría lo ubica en la legalidad, razón por la cual se permite afirmar que el "acto administrativo es la expresión necesaria de una potestad, es lo que lo conecta al acto con la legalidad y lo funcionaliza de una manera peculiar en el seno de la misma. Ya sabemos que no hay potestad sin norma previa y que todas las potestades son tasadas y específicas, que no existen potestades indeterminadas"

Igualmente apropiado es resaltar a vuestro despacho que entre los elementos subjetivos que componen al acto administrativo esta la "competencia"<sup>4</sup>, misma que se construye *ratione materiae*, *ratione loci*, *ratione temporis*. Señor coordinador a vuestro despacho debe confluir todos los criterios competencia para que en ejercicio de la misma pueda dictar válidamente el acto administrativo de apertura.

Bajo la lógica administrativa expuesta, su despacho en el acto No. ARCOTELCZO2- 2017-0005, fundamenta su potestad en el Artículo 142 de la LOT que en su parte pertinente citamos "La Agencia de Regulación y control de las telecomunicaciones es la encargada de la administración, regulación y control de las telecomunicaciones (...)" posteriormente citando el Artículo 144 *ibidem* sobre la competencia de la Agencia en su numeral 4 señalo "(...) ejercer el control de los servicios de telecomunicaciones (...)". Posteriormente cita el Artículo 81 sobre la competencia del organismo desconcentrado y a su vez determina que para la asignación de sanciones previstas en la norma vigente se debe observar el debido proceso y el derecho a la defensa. Finalmente y no por ello menos importante, en la misión del órgano desconcentrado señala "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"

**Sin embargo vuestro despacho reconoce como un hecho no controvertido que el tema objeto del presente expediente NO ES SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES<sup>5</sup>, es decir no hay *ratione materiae*<sup>6</sup>.**

Señor Coordinador la consecuencia jurídica prevista en el ESTATUTO REGIMEN JURIDICO ADMINISTRATIVO FUNCION EJECUTIVA a la altura del Artículo 129 para los actos de la administración pública que hayan sido dictados por órgano incompetente por razón de la materia, del tiempo o del territorio es la nulidad absoluta, por consiguiente no convalidadle por su despacho.

El intento posterior del informe técnico de hacer **interpretaciones laxas en materia de derecho administrativo sancionador**, específicamente al señalar "son elementos que la operadora utiliza y necesita para la prestación del servicio de telefonía fija a sus abonados-suscriptores: por tanto son inherentes a la prestación y deben ser considerados al momento que la operadora determina y establece las tarifas de los servicios de telecomunicaciones" Respecto a ello, la jurisprudencia<sup>7</sup> ha señalado que, "(...) La errónea interpretación tiene lugar cuando, siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la Ley". En consonancia con lo anterior, en materia de Derecho Administrativo sancionador, la norma no puede extenderse o ser interpretada extensiva o arbitrariamente pues según la Constitución de la República, el único órgano autorizado para ello es la Asamblea<sup>8</sup> Nacional y por lo tanto, la ARCOTEL está obligada a, "(...) atenerse estrictamente a la letra de la ley, y en el caso de duda se interpretará en el sentido más favorable al reo<sup>9</sup>". De lo expuesto someramente nos permitimos afirmar respetuosamente que todo ejercicio de interpretación laxa de una norma es y será repudiado por los tribunales de lo contencioso administrativo a lo largo de la historia republicana del Ecuador.

Siendo nulo el presente expediente por lo antes expuesto, debemos analizar otro de los hechos concretos que vician el presente expediente. El objeto del presente expediente administrativo sancionador, según lo expuesto por Usted, se sustenta en tres disposiciones legales con hechos, actos y bienes jurídicos a tutelar independientes, tales como a) el presunto cobro de gastos administrativos de enero a junio de 2016 y, b) la presunta ausencia de aceptación expresa del usuario a cobros y c) La presunta falta de constancia en el contrato, que según el criterio de la coordinación zonal 2 pueden ser aglutinados en un solo expediente y ser sujeto de una consecuencia jurídica.

Señor Coordinador, la tipicidad entendida como el encuadramiento de los hechos en el derecho además de ser un principio general del derecho vinculante para vuestro despacho, es la garantía que permite al particular el poder ejercer su derecho a la defensa de manera cierta, aspecto que desemboca en la seguridad jurídica mínima que requiere un particular en toda interacción con la administración. No debe olvidar que la Constitución de la República, en su Artículo 11 referente al ejercicio de los derechos, en su numeral 6 "Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía."

Respetuosamente presentamos a usted vicios de nulidad contemplados en el ESTATUTO REGIMEN JURIDICO ADMINISTRATIVO FUNCION EJECUTIVA norma sustantiva aplicable a vuestro despacho, en virtud de lo cual demandamos

*respetuosamente se le dé la consecuencia jurídica que ordena el Artículo 129 de la precitada norma.*

### **3. DE LA DETERMINACIÓN DE UN CRITERIO RETROACTIVO DE ARCOTELFRENTE A GASTOS ADMINISTRATIVOS.**

*Expuestos los vicios de nulidad que preexisten en el presente expediente, procederemos en ejercicio al derecho a la defensa y del principio de colaboración con la Administración a rebatir los argumentos y presunciones infundadas que han sido imputadas a nuestra representada, sin que ello signifique una convalidación de las nulidades demandadas.*

*Señor Coordinador las normas jurídicas (en este caso, las disposiciones regulatorias infra legal) cuando nacen inciden en una realidad vital tan diversa y tan asimétrica en cuanto a las situaciones en que se encuentran los derechos (en sus procesos de gestación, desarrollo, extinción) las expectativas, los procedimientos en los que se hallan implicados sus múltiples destinatarios, que es igualmente diverso el impacto de dichas normas sobre las situaciones o relaciones jurídicas que se generaron cuando ella no existía.*

*La administración pública el 14 de junio de 2016 mediante oficio No. ARCOTEL-DE-2016-0002-C, señaló "La Agencia de regulación y Control de las Telecomunicaciones en ejercicio de sus potestades, a través de sus organismos desconcentrados, iniciaran los procedimientos administrativos sancionadores que al efecto correspondan, en el evento de que algún prestador de servicios de telecomunicaciones y de radiodifusión por suscripción a partir del 25 de enero de 2016, fecha de publicación en el Registro Oficial del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, mantenga en sus facturas rubros por concepto de Gastos Administrativos que debiendo ser parte de la tarifa por la prestación del servicio contratado y efectivamente prestado, se los haya adicionado" (el resaltado me pertenece).*

*Señor Coordinador, vuestro despacho pretende implantar la retroactividad de las disposiciones sancionadoras administrativas emanadas a través de resoluciones, circunstancia absolutamente discordante con la tradición jurídica del Ecuador, misma que se resume en lo expresado por la Corte Constitucional y Corte nacional, así:*

*Resolución número 299, Publicado Registro Oficial Edición Especial 787 de 30-nov.-2016, dictamino. (SIC)*

*"Precisamente, en función de la derogación del artículo 623 del Código del Trabajo, la jueza de instancia consideró pertinente aplicar las reglas atinentes a la solución de conflictos entre una ley posterior y otra anterior, previstas en el artículo 7 del Código Civil, específicamente su numeral 20, que de forma expresa indica lo siguiente: Art. 7.- La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes:*

*(...) 20. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir.*

*Pero los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo entonces vigente.*

*Las reglas consagradas en el Código Civil dentro del artículo que establece la irretroactividad de la ley, constituyen directrices que deben ser aplicadas en aquellos casos en los que el contenido de una norma expedida previamente es contrario a otra disposición expedida con posterioridad, en cuyo caso, las autoridades deben proceder conforme a los presupuestos del artículo 7 ibídem; y, en el caso de que se traten de normas procedimentales, se deberá aplicar la regla prevista en el numeral 20; es decir, serán aplicables las disposiciones posteriores siempre que estas no se refieran a términos que se encuentren transcurriendo o diligencias procesales que hayan iniciado. Así las cosas, es evidente que la norma en análisis es aplicable para determinados casos de conflicto de leyes o cuando existe más de una norma aplicable a un determinado supuesto de hecho, tal como lo señala al artículo 7 del Código Civil, que expresamente enuncia las reglas de interpretación cuando se presente un conflicto entre una ley anterior y una posterior."*

Igualmente la Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Civil y Mercantil señaló:

*"(...) la irretroactividad de la ley es una garantía de seguridad y estabilidad de los derechos: quien ha actuado de conformidad con la ley vigente, no tiene que preocuparse por unos posibles cambios que posteriormente pueda sufrir la legislación; los actos realizados conforme a la ley vigente no pueden acarrear consecuencias perjudiciales desde el punto de vista jurídico, para quien los realizó confiándose al Derecho, aunque ese Derecho pueda posteriormente variar. La irretroactividad de la ley es una garantía admitida por todo derecho civilizado. En el Código de Justiniano se expresaba con palabras tomadas de una Constitución de Teodosio 11 del año 440, así: Las leyes y las constituciones deben dar forma cierta a los asuntos futuros, no revocar los hechos pretéritos; a no ser que expresamente se comprendan así los asuntos pretéritos como los que en la actualidad penden."*

*Es imprescindible recordar a vuestro despacho que la irretroactividad de la norma sancionadora EXIGE la estricta coincidencia entre su vigencia formal y su vigencia material o efectiva, idea que se expresa en el brocardo nullum crimen, nulla poena sine praevia lege. Siendo esté un principio arraigado en la tradición legal del Ecuador, es que nuestros tribunales y jueces no han tenido mayor conflicto o contradicción a resolver en sus despachos, pues la garantía de seguridad jurídica y la proscripción de la arbitrariedad como práctica de la administración pública se encuentran fuertemente respaldadas en favor de los particulares por la Carta Magna, Tratados internacionales y fallos de triple reiteración. Finalmente señor coordinador un tratamiento similar se ha dado a la irretroactividad de las normas adjetivas o procedimentales en general, pues estas fuertemente influenciadas por la vieja idea de que las leyes procesales no declaran derechos, son inocuas por hipótesis, dado que se limitan a regular un procedimiento que debe seguirse, sin embargo de ello, también son irretroactivas.*

De lo expuesto es notorio y público que vuestro despacho no dispone de potestad legal para sancionar a nuestra representada por hechos o actos que al momento de su ejecución eran lícitos, es decir, no habían sido prohibidos por la normativa. Adicional a ello, debemos aclarar que mediante comunicado de fecha 07 de junio de 2016 nuestra representada informo a vuestro despacho lo siguiente, "Los Gastos que han sido considerados dentro de la cuenta de Gastos Administrativos están vinculados a los costos que se generan mensualmente en la operación de la compañía, tales como: a) Gestión de recaudación de los servicios contratados. b) Mantenimiento de canales de atención virtual. c) Licencias y mantenimientos de plataformas de almacenamiento de información para gestión y atención de las requerimientos de los abonados-Clientes usuarios. d) Costo de mensajería (SMS y correos electrónicos) a través de los cuales se informa a los abonados-clientes-usuarios la generación y disponibilidad de sus facturas de consumo. Como se puede observar los conceptos antes detallados corresponden única y exclusivamente a actividades relacionadas a la operación de la compañía (...)" razón por la cual Señor coordinador además de no tener facultad sancionatoria, tampoco goza de *ratione materia* su presunción.

A efectos de finalizar esta sección de nuestra defensa, nos permitimos sustentar el derecho de CONECEL como concesionario a emitir una factura a nuestros usuarios donde conste "los tipos de servicios, autorizados conforme a los anexos, prestados a sus abonados-clientes-usuarios, el periodo que comprende, los cargos autorizados tales como los de interconexión y tiempo efectivo de uso (para los servicios finales), las tarifas aplicables, los impuestos aplicables, los descuentos realizados y los demás valores relacionados con la prestación de tales servicios conforme al ordenamiento jurídico Vigente" conforme lo consagra la cláusula cuarenta y dos punto tres de nuestro contrato de concesión. Afirmación contractual que además de ser fuente de derecho, explícitamente contempla la coexistencia de tarifas y precios para servicios de telecomunicaciones y valores relacionados, que para nuestros efectos se titularon gastos administrativos ajenos completamente a cualquier servicio de telecomunicaciones. Posibilidad jurídica que existe de desarrollar en el derecho mercantil de nuestra representada para con sus usuarios pues de la cláusula veinte y uno punto uno no se prohíbe tal explotación de servicios y su facturación, ello sobre la máxima que en el derecho privado lo que no está prohibido, se entiende permitido.

Además de lo expuesto es fundamental señalar que los cobros de los gastos administrativos investigados en el presente expediente, fueron suspendidos de manera definitiva a partir del julio de 2016, como consecuencia del acatamiento de lo dispuesto por ARCOTEL en el mes de junio de 2016, razón por la cual nuestra representada en ejercicio del derecho a la defensa ratifica su inocencia, por cuanto los presuntos cobros no fueron realizados desde la fecha establecida por vuestro despacho en el presente acto administrativo.

Interpretación que exponemos conforme a lo previsto en la cláusula cinco, cinco punto uno y cinco punto uno punto uno y doce punto dos punto dos punto seis del contrato de concesión.

#### 4. DE LA INCLUSION DE GASTOS AJENOS A LA PRESTACION DEL SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES EN LA TARIFA DEL SERVICIO DE TELEFONIA FIJA PRESTADO POR CONECEL-ECUTEL

Vuestro despacho en el Acto de apertura del procedimiento administrativo sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2017-0005 en contra de CONECEL, recoge lo expuesto así "(...) Del análisis realizado se ha determinado que la operadora del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL ECUADORTELECOM S.A., en las facturas verificadas del 2016, ha realizado cobro por valores de "gastos Administrativos, en los meses de enero a junio de 2016, los mismos que deberían estar incluidos en la tarifa del servicio móvil avanzado prestado por la operadora. **El cobro de estos valores de Gastos administrativos, no cuenta con la aceptación expresa del usuario y además no se encuentran estipulados ni pactado en los contratos de adhesión suscritos entre la operadora y sus abonados o clientes**" (...)

Señor Coordinador, destacando que la ARCOTEL carece de *ratione materiae* y *ratione temporis* en el presente expediente a efectos de sancionar la modalidad de cobro de servicios ajenos a los servicios de telecomunicaciones de nuestra representada, debemos partir por señalar que CONECEL-ECUTEL ha recaudado valores a sus clientes bajo la denominación "gastos administrativos" mismos que corresponden a servicios que se generan mensualmente por el uso u operación de los mismos por parte de nuestros abonados-clientes y que no son catalogados dentro del Artículo 3 numeral 10 del Reglamento General a la LOT, ni del Art. 62 del mismo reglamento, de lo cual se establece claramente que NO es un servicio de telecomunicaciones; Vale la pena destacar que actualmente coexisten los servicios suplementarios que se encuentran reglados y tarifados conforme las disposiciones del contrato de concesión, dentro de estos servicios están: Marcación Abreviada, Transferencia de Llamadas, Casillero de Voz, Llamada en Espera, Servicio Clip, Factura Detallada, Cambio de número, suspensión temporal del servicio de telecomunicaciones, Bloqueo a Celulares y Larga Distancia, Cambio de nombre o razón social, mismos que se transfieren al cliente en algunos casos de manera gratuita y otros con un precio o tarifa muy inferior a lo fijado por el Estado. Sin embargo debemos reafirmar que queda por fuera aquellos servicios que el propio Contrato de Concesión establece como una posibilidad de cobro adicional a las tarifas.

Conocedores de su apego irrestricto a las políticas públicas y al derecho se nos dificulta comprender como una Autoridad pública, recomienda que dichos cobros **"deberían estar incluidos en la tarifa del servicio móvil avanzado prestado por la operadora"** por supuestamente se **inherentes a las telecomunicaciones**, a sabiendas que no forman parte de tal servicio, tal y como lo dispone la propia Ley y el Contrato de Concesión otorgado a mi Representada; Señor Coordinador de acoger dicha recomendación se estaría encareciendo un servicio público básico al obligar indirectamente a todos los Ciudadanos a la contratación de servicios que actualmente son opcionales con lo cual se estarían obstaculizando las políticas públicas de acceso a los servicios de telecomunicaciones, generando ineficiencias en el mercado de telecomunicaciones.

Señor Coordinador en marzo de 2014, la Resolución TEL-149-06-CONATEL-2014 fijo un precedente de sumo interés para el presente expediente, la Presidencia de CONATEL resolvió **"Establecer que la entrega o distribución de estados de cuenta que contiene la factura no corresponde a un servicio de telecomunicaciones, por tanto no está sujeto a regulación tarifaria por el CONATEL"**; precedente que no hace más que reafirmar nuestra convicción legal de que vuestra recomendación de incluir costos de servicios complementarios o adicionales en la Tarifa, o peor aún, presumir que el no haberlo hecho, es violatorio a la LOT, se torna difícil de entender por ser contrario a la ley y a precedentes de la propia autoridad regulatoria.

Finalmente en relación al rubro correspondiente a "Gastos Administrativos" se torna imprescindible reafirmar que el mismo, no incorpora valor alguno por emisión de factura electrónica; tal y como se ha manifestado a lo largo de varios procesos de revisión y pedidos de información de ARCOTEL sobre Gastos Administrativos y Facturación Electrónica. Es menester recordar que CONECEL en estricto apego a la normativa vigente y aplicable en materia fiscal y de telecomunicaciones, ha cumplido en todo momento con todos los requerimientos de información realizados por las autoridades competentes. Por lo tanto, cualquier presunción de que los gastos administrativos, incorporan valores por emisión de factura es falso, y por lo tanto, deberá ser probado con los indicios y evidencias concretas que permitan establecer una presunción que supere toda duda posible, toda alternativa distinta a aquella que funda la condena contra el acusado.

Con todo lo expuesto, debemos aseverar que sin perjuicio de las múltiples comunicaciones remitidas al regulador, los denominados gastos administrativos, en su momento mal denominado de esa forma por mi Representada, corresponden a servicios legales y legítimos que han sido cobrados muy por debajo del techo tarifario.

**5. EL COBRO DE ESTOS VALORES DE GASTOS ADMINISTRATIVOS NO CUENTA CON LA ACEPTACION EXPRESA DEL USUARIO Y NO SE ENCUESTRAN ESTIPULADOS NI PACTADOS EN LOS CONTRATOS DE ADHESION SUSCRITOS ENTRE LA OPERADORA Y SUS ABONADOS O CLIENTES**

Señor Coordinador debemos iniciar esta sección de nuestra argumentación sosteniendo que la ARCOTEL carece de competencia para resguardar los derechos del Consumidor asociados a servicios ajenos a las telecomunicaciones, por cuanto el Ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador, consagra como la única Autoridad competente para aplicar y velar por los derechos de los consumidores a los jueces de contravenciones de la Función Judicial conforme se desprende del Artículo primero de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (LODC) así,

"El objeto de esta Leyes normar las relaciones entre proveedores y consumidores, promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en dichas relaciones entre las partes. "

Mientras que el Artículo 144 de la LOT en materia de las competencias de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones de la Ley Orgánica de telecomunicaciones, autoriza a vuestra institución a conocer y sustanciar "los procedimientos de atención de reclamos por violación a los **derechos de los abonados y usuarios de los servicios de telecomunicaciones.**" Señor Coordinador los presupuestos objetivos de procedencia de ambas normas orgánicas y sus bienes jurídicos tutelables son diferentes.

En otras palabras, aun cuando las dos leyes incluyen supuestos en materia de consumidor, en el primer caso la LODC protege a los consumidores de actos que los perjudican directamente y sin implicaciones adicionales; en el segundo caso, requiere que de **supuestos y vulneraciones a usuarios o consumidores enmarcados en la prestación de servicios de telecomunicaciones dentro de los alcances establecidos por la LOT.** Si bien los dos objetivos de las normas citadas parecen apegarse y asimilarse de manera representativa, existen diferencias importantes entre los dos bienes jurídicos protegidos.

Finalmente y sin perjuicio de lo que ha sido expresado con anterioridad, en aras de colaborar con vuestra administración, me permito informar a Usted que **los usuarios/Abonados/clientes de CONECEL S.A-ECUTEL., han suscrito la aceptación de descuentos por servicios de manera expresa en sus contratos de servicio y otros instrumentos formales de contratación adjuntos al mismo,** aspecto que demostramos con la evidencia que se incluye en el Anexo 1, donde puede observarse lo siguiente:

- Dentro del texto del contrato de adhesión aprobado por el entonces CONATEL, se establece dentro de la **Cláusula UNDECIMA** como obligación del Abonado "2) Pagar en forma oportuna e íntegra el total de los valores establecidos en los comprobantes de facturas, que reflejan la aplicación de las tarifas por los servicios prestados, los recargos legales, **contractuales**, recargos por mora e impuestos correspondientes".
- Coexiste al contrato de adhesión y su cláusula undécima, la autorización para el empleo y contratación a través de medios electrónicos y call center, en virtud del cual rescata como pertinente lo suscrito por el usuario " Declaro y acepto que todas las transacciones comerciales generadas, procesadas y aceptadas a través de llamadas telefónicas gozan de igual valor que aquellas generadas personalmente"
- No menor importante es destacar la hoja de Solicitud de Servicio suscrita, que en su sección de autorización contempla lo siguiente "Yo \_ autorizo a debitar de mis cuentas bancarias o cargar de mi tarjeta de crédito los **valores correspondientes a los pagos mensuales y/o pagos por suscripción por el servicio contratado (...)**

Actualmente existen al menos TRES documentos que contemplan de manera expresa a) la posibilidad de contraer obligaciones vía contractual, la posibilidad de debitar el pago de sus cuentas o tarjetas de crédito y c) la posibilidad de contratar servicios adicionales por el usuario-cliente vía telefónica; TODAS ellas suscritas. Señor coordinador no queda lugar a dudas que sus presunciones no tienen sustento en indicio o evidencia, puesto que nuestros clientes-usuario Si conocen y aceptan los servicios con los que cuenta;

Ahora bien, podría llegar a argumentar vuestro despacho que lo contemplado en el contrato de adhesión no es claro y suficiente, respecto a ello, debemos recordar a vuestro despacho, que la emisión de nuevos contratos de adhesión a suscribir entre la operadora de telecomunicaciones y los usuarios, deben ser previamente aprobados por la ARCOTEL, misma que desde la expedición del Reglamento de Abonados (2012) hasta la presente fecha, no ha permitido o aprobado nuevos contratos de adhesión; Aspecto que se torna de sumo interés al determinar algún tipo de responsabilidad administrativa, por la probable falta de mayor claridad de estas condiciones en el contrato, cuando es el propio órgano de instrucción, regulación, control y sanción quien no ha permitido las modificaciones necesarias al contrato de adhesión.

## 6. PRUEBAS

Señor Coordinador el objeto esencial de la prueba versa sobre las afirmaciones formuladas por las partes en relación con los hechos, ahora bien, para que un hecho

*sea objeto idóneo de prueba debe ser ante todo controvertido, esto quiere decir, que los hechos sustentados por una de las partes no son aceptados por la otra.*

*Así mismo, la prueba tiene como finalidad el convencimiento del juzgador sobre aquellos datos facticos, no jurídicos, en los que ha de fundar su resolución; en otras palabras Valentín Silva Melero en su libro "La prueba procesal", aclara que el concepto de prueba, aparece indisolublemente unido a la finalidad de obtener la certeza procurando el convencimiento judicial, en relación a la verdad o falsedad de una afirmación o a la existencia o inexistencia de un hecho.*

*Por lo expuesto solicitamos que se actúen las siguientes pruebas, y se consideren a favor de CONECEL:*

- Copia Simple del denominado "Contrato de Adhesión para la prestación del servicio de telefonía fija", suscrito por el Señora Alicia Mercedes López Macías ECUADORTELECOM S.A. el 01 de JULIO de 2016, y sus respectivos anexos, que se detallan de la siguiente forma:*

*a) Solicitud de Servicio.*

*b) Autorización para el empleo y contratación a través de medios electrónicos y call center.*

## **7. DE NUESTRA SOLICITUD**

*Señor Coordinador Zonal 2 de la ARCOTEL, con lo antes descrito solicitamos a su Despacho*

- 1. Se consideren dentro del Expediente No. ARCOTEL-CZ02-2017-0005 todos los argumentos de hecho y de derecho expuestos en este escrito.*
- 2. Amparados en los principios y garantías constitucionales consagradas en la Carta Magna, así como en la normativa contractual y legal vigentes, solicitamos a vuestra Autoridad, que considere cada una de las excepciones señaladas, y se abstenga de emitir una consecuencia jurídica sancionatoria violatoria de la Constitución de la República, por los hechos erróneamente imputados en el Acto de Apertura a CONECEL-ECUADORTELECOM*
- 3. Se declare la extensión del presente procedimiento administrativo sancionador.*
- 4. A fin de presentar nuestros argumentos de manera verbal sobre el presente Expediente y contenidos en el presente escrito, se nos conceda una audiencia en la fecha y hora que su Despacho considere. (...)"*

## **SEGUNDO ESCRITO**

Posteriormente, en fecha 02 de junio del 2017, se presenta por parte de CONECEL S.A. un nuevo documento que ingresa con número de trámite ARCOTEL-DEDA-2017-008930-E, en el que consta un Contrato de Adhesión para la prestación del servicio de telefonía fija, documento que será analizado más adelante.

TERCER ESCRITO.

La empresa CONECEL S.A., presenta un nuevo escrito en fecha 28 de junio del 2017, con número de trámite ARCOTEL-DEDA-2017-010322-E, el mismo que en su parte fundamental manifiesta:

" (...)

**1. DE LA RESOLUCION 2015 – 0694**

Señor Coordinador Zonal 2, la Dirección Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (en adelante "Dirección Ejecutiva ARCOTEL") el 28 de octubre de 2015, exteriorizó la voluntad administrativa vinculante a vuestro despacho, referente al **"Instructivo para el procedimiento administrativo sancionador de la Agencia de regulación y control de las telecomunicaciones ARCOTEL"** (en adelante el "Instructivo"). Ahora bien, es menester recordar respetuosamente a su Despacho que la finalidad de tal Instructivo es normar la sustanciación del procedimiento administrativo sancionador para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Autoridad de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. Sin olvidar claro está, que dicho Instructivo en su artículo 2, recoge una de las garantías constitucionales fundamentales en esta clase de procedimientos, tal es el caso del debido proceso, sin que esto limite la exigencia rigurosa del cumplimiento de los principios generales del derecho tales como seguridad jurídica, legítima confianza y derecho a la defensa, mismos que por nuestro conocimiento de su irrestricto apego a la norma, no entraremos a detallar ahora.

Señor Coordinador, el Artículo 18 del Instructivo, señala lo siguiente:

**"En la fase pre-procedimental los informes técnicos se deben remitir a las unidades jurídicas de los organismos desconcentrados, dentro de diez (10) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente de haberse realizado el trabajo de investigación.**

(...)

**De ser necesario, dichos términos podrán ampliarse, sin exceder de treinta (30) días hábiles, cuya necesidad sea debidamente justificada, excepto durante la faceta de impugnación, en la cual la prórroga no podrá ser mayor a quince (15) días hábiles."** (el resaltado me pertenece)

**2. DE LA EVIDENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DE PLAZOS Y PROCESOS ESTIPULADOS EN EL INSTRUCTIVO. DENTRO DEL EXPEDIENTE No. ARCOTEL-CZO2-2017 -0005**

Señor Coordinador, de la revisión del expediente se desprende lo siguiente:

**a. Notificación del Acto de Apertura notificado 04 de mayo de 2017.**

**b. Informe Jurídico No. JCZ02-A-2017 -0005 sobre la viabilidad del inicio del procedimiento administrativo sancionador en contra de CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A., CONECEL, de fecha 24 de abril de 2017.**

c. Informe técnico de control de servicios de telecomunicaciones No. **IT-CCDS-CT-2017-009**, sobre la verificación de cobros de acuerdo a lo pactado en los contratos de adhesión, de fecha **10 de marzo de 2017**.

d. Memorando No. ARCOTEL-CCDS-2017-0137-M recibido por su despacho en fecha **27 de marzo de 2017**. Documento que expresamente señala "(...) esta dirección remitió a la Coordinación Técnica de Control, el informe técnico IT-CCDS-CT-2017-009 de 10 de marzo de 2017, en el cual se concluye y recomienda lo siguiente"

De lo expuesto se evidencia como hecho no controvertido e irrefutable, que el informe técnico signado con el número IT-CCDS-CT-2017-009 de fecha 10 de marzo de 2017, se remitió conforme dispone el instructivo, no obstante **se lo hizo fuera del término de 10 días** como prevé el mismo. Igualmente no controvertido es la inexistencia de una solicitud de prórroga y aceptación de la misma al término original, toda vez que la notificación que su despacho hizo a nuestra representada del expediente original, no contiene ni solicitud ni aceptación de prórroga alguna a favor de dicha en favor de la Dirección Técnica, circunstancia que aparejada al principio de legalidad y verdad procesal nos permite concluir de manera cierta, clara y fidedigna **la extemporaneidad con la que actuó la Dirección Técnica**, la omisión expresa de la Dirección Jurídica al obviar la ausencia de competencia en razón del tiempo y finalmente la ilegalidad manifiesta que contiene el acto de apertura por usted dispuesto al intentar convalidar vicios que afectan al procedimiento.

### 3. DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Los principios jurídicos fundamentales del procedimiento administrativo son directrices que definen su esencia y justifican su existencia, permitiendo explicar más allá de las regulaciones procesales dogmáticas, su "por qué" y "para qué".

Es así, que resulta imprescindible rescatar lo expuesto en la Constitución de la República, en su Artículo 11 numeral 6 que dispone:

"Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía."

En virtud de ello, se torna necesario traer a colación un alcance de los siguientes principios administrativos, rectores para vuestro Despacho y fuente de derecho reconocido por el ordenamiento jurídico nacional, así:

• **PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA:** Un primer y elemental concepto de seguridad jurídica depende de quienes elaboran las normas jurídicas, en relación a hacerlo respetando las convicciones sociales que caracterizan a nuestra sociedad; una segunda y también elemental consideración dentro de la seguridad jurídica es la posibilidad de conocer las normas jurídicas anticipadamente, de manera efectiva y garantizando su correcta aplicación. Desde estas dos perspectivas elementales la seguridad jurídica garantiza a nuestra representada la plenitud de satisfacción sobre cuál ha de ser la actuación de los poderes públicos legítimos, no solamente en la elaboración de

*normas que integran el Ordenamiento jurídico total, sino también en la aplicación del derecho ya producido.*

*Al respecto nuestras autoridades jurisdiccionales han señalado:*

- *La Corte Constitucional del Ecuador en su **Sentencia N.O 088-13-SEPCC** así como la Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, **Sentencia No. 007-10-SEP-CC** han dispuesto:*

*"Es un principio universalmente reconocido del Derecho, por medio del cual se entiende como certeza práctica del Derecho, y representa la seguridad de que se conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público, respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno.*

*El Estado, como ente del poder público de las relaciones en sociedad, no sólo establece los lineamientos y normas a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de establecer "seguridad jurídica" al ejercer su "poder" político, jurídico y legislativo. La seguridad jurídica es la garantía dada al individuo, por el Estado, de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación; en resumen, la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos establecidos previamente. Como se ha dicho antes, el derecho a la seguridad jurídica encuentra su fundamento en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, por expresa disposición constitucional."<sup>1</sup>*

- *La Corte Constitucional del Ecuador, mediante sentencia N° 143-14-SEP-CC, ha señalado que la seguridad jurídica se considera de la siguiente manera:*

*"El derecho constitucional a la seguridad jurídica garantiza certeza en la aplicación normativa, en tanto se fundamenta en el respeto a la Constitución de la República y en la aplicación de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por parte de las autoridades competentes, conforme lo determina el artículo 82 del texto constitucional. En este sentido, este derecho genera en todas las autoridades públicas una obligación de aplicación de la normativa pertinente a cada caso concreto, que tome como base fundamental la Constitución de la República y los derechos constitucionales que en ella se reconocen. De esta forma, las personas adquieren seguridad en cuanto al destino de sus derechos, ya que el ordenamiento jurídico previamente establece una consecuencia para cada hecho determinado."<sup>2</sup>*

- *De igual forma mediante sentencia No. 016-13-SEP-CC, la Corte Constitucional considera que:*

*"Para tener certeza respecto a una aplicación normativa, acorde a la Constitución, se prevé que las normas que formen parte del ordenamiento jurídico se encuentren determinadas previamente; además, deben ser claras y públicas; solo de esta manera se logra conformar una certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos que generan la confianza acerca del respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional."*

- o Con respecto a la seguridad jurídica, la Corte Constitucional ha señalado que:

*"Mediante un ejercicio de interpretación integral constitucional se determina que el derecho a la seguridad jurídica es el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos; en virtud de aquello, los actos emanados de dichas autoridades públicas deben contener una adecuada argumentación respecto al tema puesto en su conocimiento, debiendo además ser claros y precisos, sujetándose a las atribuciones que le compete a cada órgano."*<sup>4</sup>

- o La Corte Constitucional, al respecto de la seguridad jurídica ha establecido que:

*"Al respecto, el derecho a la seguridad jurídica constituye un derecho constitucional en virtud del cual todas las personas tienen la certeza de que sus derechos no le serán vulnerados de ninguna manera y en caso que esto ocurriera, tienen la garantía de que ese derecho le será resarcido. De ahí que, la seguridad jurídica radica en la aplicación de normas y procedimientos establecidos previamente. Al respecto, el artículo 82 de la Constitución señala que el derecho a la seguridad jurídica se funda en el acatamiento a la Constitución de la República y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas, las cuales deben ser aplicadas por las autoridades competentes."*<sup>5</sup>

- **PRINCIPIO DE BUENA FE:** La jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una "persona correcta (virbonus)". Así la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la "confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada".

*La Corte ha señalado que la buena fe es un principio que presupone (i) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas, pero dicha presunción solamente se desvirtúa con los mecanismos consagrados por el ordenamiento jurídico vigente, luego es simplemente legal y por tanto admite prueba en contrario.*

*Igualmente ha sostenido la Corte Constitucional Colombiana,*

*"que en tanto la buena fe ha pasado de ser un principio general de derecho para transformarse en un postulado constitucional, su aplicación y proyección ha adquirido nuevas implicaciones, en cuanto a su función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado, y en tanto postulado constitucional, irradia las relaciones jurídicas entre particulares, y por ello la ley también pueda establecer, en casos específicos, esta presunción en las relaciones que entre ellos se desarrollen."*

*En consecuencia y conforme se desprende de lo expuesto en el punto 2 del presente escrito, nuestra representada actúa de buena fe al poner en conocimiento expreso a vuestro despacho del vicio que recoge su acto de apertura y por*

consiguiente todo el expediente, razón por la cual solicitamos se le dé la consecuencia jurídica prevista en el ordenamiento jurídico al acto de apertura que incorpore un documento cuya competencia en razón del tiempo había precluido, consecuencia que exige el principio de legalidad y buena fe.

- **PRINCIPIO DE LA INDEROGABILIDAD SINGULAR DE LOS REGLAMENTOS:** En aquellos casos donde la misma autoridad que dicta un acto general sea la encargada de su aplicación individual. En estos casos aunque parezca que los dos actos tienen la misma jerarquía por ser dictados por la misma autoridad, la realidad es que el acto individual es inferior al acto general en el cual se fundamenta.
- **PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO:** En un procedimiento administrativo, no solo se da cumplimiento al debido proceso, mediante la escucha del particular, sino también, permitiéndole ofrecer y producir las pruebas que sean pertinentes, derecho que va de la mano con la obligación pública de realizar las gestiones y diligencias tendentes a la averiguación de los hechos que son controvertidos por las partes en un procedimiento administrativo sancionador.

#### 4. DEL DERECHO

El **Artículo 82** de la Constitución de la República del Ecuador dispone a su despacho "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes".

Por otra parte, el **Artículo 11** del mismo cuerpo normativo, ordena "El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...)

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. (...)

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos".

Por su parte el **Artículo 76** de la Carta Magna consagra "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

**4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.**" (lo resaltado me pertenece)

En concordancia, **Artículo 192 del ESTATUTO REGIMEN JURIDICO ADMINISTRATIVO FUNCION EJECUTIVA** que por razón del tiempo se encuentra vigente para el presente expediente señala: "Principio de legalidad. 1. 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.

#### 5. DE NUESTRA SOLICITUD

Señor Coordinador Zonal 2, al amparo de lo prescrito en el artículo 76 numeral 7 letra h de la Constitución de la República del Ecuador que salvaguarda nuestro derecho a la defensa, con lo antes descrito solicitamos a su Despacho lo siguiente:

1. Se consideren dentro del Expediente No. ARCOTEL-CZO2-2017-0005 todos los argumentos de hecho y de derecho expuestos en este escrito.

2. Amparados en los principios y garantías constitucionales consagradas en la Carta Magna, así como en la normativa contractual y legal vigentes, solicitamos a vuestra Autoridad, que considere cada una de las excepciones señaladas, y se abstenga de emitir una consecuencia jurídica sancionatoria violatoria de la Constitución de la República, por los hechos erróneamente imputados en el Acto de Apertura a CONECEL S.A.

3. Se ordene el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador, por cuanto, la remisión extemporánea del Informe Técnico IT-CCDS-CT- 2017-009 afecta la legalidad del Acto de Apertura.

4. Se disponga la consecuencia jurídica prevista en el Ordenamiento jurídico para los informes INFORME IT-CCDS-CT-2017-009 e INFORME JCZ02-A-2017-005 al ser emitidos sin la competencia en razón del tiempo, asignada por el Acto General RESOLUCION 2015 - 0694; mismos que al ser recogidos por vuestro despacho en el acto de apertura, le contaminan por igual de sus efectos. (...)"

Esto lo fundamental de los escritos en cuanto a las alegaciones realizadas y que se tomarán en cuenta para emitir la resolución que corresponda.

### 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 No. IT-CCDS-CT-2017-0009, de 10 de marzo de 2017, reportado mediante Memorando Nro. ARCOTEL-CCDS-2017-0137-M de 24 de marzo de 2017.
2. Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo No. ARCOTEL-CZO2-2016-0005 de 24 de abril de 2017.
3. La razón de Notificación.

#### PRUEBAS DE DESCARGO

1. Los alegatos y descargos que el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, a través de su Procurador Judicial presenta dentro del escrito de contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo No. ARCOTEL-CZO2-2017-0005 de 24 de abril de 2017, emitido por la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, ingresado mediante documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-008166 de 25 de mayo de 2017, al que se anexa la escritura pública de Poder Especial con procuración judicial otorgado a favor del Abogado Francisco Teodoro Maldonado Guevara.
2. Alegación escrita ingresada con documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-008930-Ede 06 de junio del 2017, al que se anexa un contrato de adhesión para la prestación del servicio de telefonía fija.
3. Alegación escrita ingresada con No. ARCOTEL-DEDA-2017-010322 de 28 de junio de 2017.

### 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 ARCOTEL, presenta el Informe No. IT-CZO2-AA-2016-0007, de 20 de junio del 2017, que contiene el análisis de la contestación, alegatos y pruebas que ha presentado la operadora CONECEL S.A. dentro del presente Acto de Apertura y en lo fundamental manifiesta:

"(...)

### 3. EN RELACIÓN A LOS DESCARGOS TÉCNICOS.-

**3.1. CONTESTACIÓN DADA AL ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR No. ARCOTEL-CZO2-2017-0005, MEDIANTE DOCUMENTO No. ARCOTEL-DEDA-2017-008166-E DE 25 DE MAYO DE 2017.-**

La operadora CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A. (ECUADORTELECOM S.A.), con Documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-008166-E de 25 de mayo de 2017, da contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2017-0005 de 24 de abril de 2017, en el que, en relación al hecho técnico, argumenta los siguientes aspectos:

#### 3.1.1. PARTE 1

- **Entre las páginas 14 y 15, de la contestación presentada se manifiesta textualmente lo siguiente:**

"(...)

**4. DE LA INCLUSIÓN DE GASTOS AJENOS A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES EN LA TARIFA DEL SERVICIO DE TELEFONÍA FIJA PRESTADO POR CONECEL-ECUTEL (...)**

(...) Señor Coordinador, destacando que la ARCOTEL carece de *ratione materiae* y *ratione temporis* en el presente expediente a efectos de sancionar la modalidad de cobro de servicios ajenos a los servicios de telecomunicaciones de nuestra representada, debemos partir por señalar que CONECEL-ECUTEL ha recaudado valores a sus clientes bajo la denominación "gastos administrativos" mismos que corresponden a servicios que se generan mensualmente por el uso u operación de los mismos por parte de nuestros abonados-clientes y que no son catalogados dentro del Artículo 3 numeral 10 del Reglamento a la LOT, ni del Art. 62 del mismo reglamento, de lo cual se establece claramente que NO es un servicio de telecomunicaciones; Vale la pena destacar que actualmente coexisten los servicios suplementarios que se

*encuentran reglados y tarifados conforme las disposiciones del contrato de concesión, dentro de estos servicios están: Marcación Abreviada, Transferencia de Llamadas, Casillero de Voz, Llamada en Espera, Servicio Clip, Factura Detallada, Cambio de número, suspensión temporal del servicio de telecomunicaciones, Bloqueo a Celulares y Larga Distancia, Cambio de nombre o razón social, mismos que se transfieren al cliente en algunos casos de manera gratuita y otros con un precio o tarifa muy inferior a lo fijado por el Estado. Sin embargo debemos reafirmar que queda por fuera aquellos servicios que el propio Contrato de Concesión establece como una posibilidad de cobro adicional a las tarifas.*

*Conocedores de su apego irrestricto a las políticas públicas y al derecho se nos dificulta comprender como una Autoridad pública, recomienda que dichos cobros "deberían estar incluidos en la tarifa del servicio móvil avanzado prestado por la operadora" por supuestamente se inherentes a las telecomunicaciones, a sabiendas que no forman parte de tal servicio, tal y como lo dispone la propia Ley y el Contrato de Concesión otorgado a mi Representada; Señor Coordinador de acoger dicha recomendación se estaría encareciendo un servicio público básico al obligar indirectamente a todos los Ciudadanos a la contratación de servicios que actualmente son opcionales con lo cual se estarían obstaculizando las políticas públicas de acceso a los servicios de telecomunicaciones, generando ineficiencias en el mercado de telecomunicaciones. (...)"*

### **ANÁLISIS:**

*El asunto y objetivo del Informe No. IT-CCDS-CT-2017-009 de 10 de marzo de 2017, señalan claramente la actividad de verificación de cobros de acuerdo a lo pactado en los contratos de adhesión del servicio de telefonía fija, por tanto, basa su análisis, entre otros aspectos, en la información remitida por la operadora con oficio GG-2016-No. 287 de 07 de junio de 2016, que indica:*

*"(...) Los gastos que han sido considerados dentro de la cuenta de Gastos Administrativos están vinculados a los costos que se generan mensualmente en la operación de la compañía, tales como:*

- a) Gestión de Recaudación de los servicios contratados.*
- b) Mantenimiento de canales de atención virtual.*
- c) Licencias y mantenimiento de Plataformas de almacenamiento de información para gestión y atención de las (sic) requerimientos de los abonados/clientes-usuarios.*
- d) Costo de mensajería (SMS y Correos Electrónicos) a través de la cual se informa a los abonados/clientes-usuarios la generación y disponibilidad de sus facturas de consumo.*

*Como se puede observar los conceptos antes detallados corresponden única y exclusivamente a actividades relacionadas a la operación de la compañía, que no tienen que ver con la prestación de los servicios de telecomunicaciones o con la emisión y reparto de las facturas electrónicas.*

*Por lo tanto debo indicar que ECUADORTELECOM ha dado cumplimiento irrestricto a la disposición emitida por el Servicio de Rentas Internas, en el sentido de que el concepto de Gastos Administrativos no se contemple valores relacionados a la emisión y reparto de comprobantes de venta. (...)"*

*La operadora en su escrito de contestación al Acto de Apertura manifiesta que el valor "Gastos Administrativos" corresponde entre otros, a servicios como casillero de voz, transferencia de llamadas y llamada en espera, lo cual se contrapone a lo señalado en el citado oficio GG-2016-No. 287, que fue considerado para la elaboración del Informe No. IT-CCDS-CT-2017-009.*

*Por otro lado, en su escrito la operadora manifiesta que los servicios por los que ha cobrado el valor "Gastos Administrativos" son opcionales, sin presentar los respaldos que permitan verificar que los usuarios han realizado la contratación de estos servicios opcionales, y por ende han autorizado el cobro del valor "Gastos Administrativos"; cabe señalar que en el Informe No. IT-CCDS-CT-2017-009 se establece que "(...) de la revisión realizada en los meses de enero a diciembre de 2016, a las facturas remitidas por CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL -ECUADORTELECOM S.A., emitidas por la prestación del servicio de telefonía fija, se observó en los meses de enero a junio de 2016, la inclusión del ítem "Gastos Administrativos", en el detalle de las mismas. (...)", así mismo, del análisis realizado a los Contratos de Adhesión y sus anexos remitidos por la operadora con oficio No. GG-2016 No.529 de 22 de septiembre de 2016, se determina "(...) que en ninguna de las cláusulas del contrato de adhesión y sus anexos se pacta con el abonado/suscriptor el cobro y facturación adicional de Gastos Administrativos y como se puede ver en la muestra de contratos de adhesión firmados y autorizados por los abonados/suscriptores no se pacta o acepta la facturación de dicho valor. (...)", con lo cual, se determina que la operadora ha cobrado a sus usuarios del servicio de telefonía fija sin contar con su autorización expresa, el valor correspondiente a "Gastos Administrativos" (que representa servicios opcionales, a decir de la operadora), en el período analizado.*

- ***En la página 15, de la contestación presentada además se manifiesta lo siguiente:***

*"(...) Finalmente en relación al rubro correspondiente a "Gastos Administrativos" se torna imprescindible reafirmar que el mismo, no incorpora valor alguno por emisión de factura electrónica; tal y como se ha manifestado a lo largo de varios procesos de revisión y pedidos de información de ARCOTEL sobre Gastos Administrativos y Facturación Electrónica. Es menester recordar que CONECEL en estricto apego a la normativa vigente y aplicable en materia fiscal y de telecomunicaciones, ha cumplido en todo momento con todos los requerimientos de información realizados por las autoridades competentes. Por lo tanto, cualquier presunción de que los gastos administrativos, incorporan valores por emisión de factura es falso, y por lo tanto, deberá ser probado con los indicios y evidencias concretas que permitan establecer una presunción que supere toda duda posible, toda alternativa distinta a aquella que funda la condena contra el acusado.*

*(...)"*

**ANÁLISIS:**

Sobre la aclaración que realiza la operadora respecto a que el valor de "Gastos Administrativos" no corresponde ni se relaciona a la emisión de la factura electrónica, es necesario recalcar que ni en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2017-005 ni en el del Informe No. IT-CCDS-CT-2017-009, que es su sustento, se hace mención o relación al tema de facturación electrónica.

- Entre las páginas 15, 16, 17 y 18, de la contestación presentada se manifiesta textualmente lo siguiente:

**"(...) 5. EL COBRO DE ESTOS VALORES DE GASTOS ADMINISTRATIVOS NO CUENTA CON LA ACEPTACIÓN EXPRESA DEL USUARIO Y NO SE ENCUENTRAN ESTIPULADOS NI PACTADOS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN SUSCRITOS ENTRE LA OPERADORA Y SUS ABONADOS O CLIENTES (...)**

(...) Finalmente y sin perjuicio de lo que ha sido expresado con anterioridad, en aras de colaborar con vuestra administración, me permito informar a Usted que **los usuarios/Abonados/clientes de CONECEL S.A – ECUTEL, han suscrito la aceptación de descuentos por servicios de manera expresa en sus contratos de servicio y otros instrumentos formales de contratación adjuntos al mismo**, aspecto que demostramos con la evidencia que se incluye en el Anexo 1, donde puede observarse los siguientes: (...)

(...) Actualmente existen al menos tres documentos que contemplan de manera expresa a) la posibilidad de contraer obligaciones vía contractual, la posibilidad de debitar el pago de sus cuentas o tarjetas de crédito y c) la posibilidad de contratar servicios adicionales por el usuario-cliente vía telefónica; TODAS ellas suscritas. (...)"

**ANÁLISIS:**

Respecto a lo indicado por la operadora, cabe recalcar que en el Informe No. IT-CCDS-CT-2017-009 se verificó que: "(...) en ninguna de las cláusulas del contrato de adhesión y sus anexos se pacta con el abonado/suscriptor el cobro y facturación adicional de Gastos Administrativos y como se puede ver en la muestra de contratos de adhesión firmados y autorizados por los abonados/suscriptores no se pacta o acepta la facturación de dicho valor (...)", es decir, la operadora no demuestra que sus usuarios, abonados o clientes han autorizado expresamente el cobro por "Gastos Administrativos".

**3.2. ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS PRESENTADAS.-****3.2.1. PRUEBAS PRESENTADAS EN LA CONTESTACIÓN DADA AL ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR No. ARCOTEL-CZO2-2017-0005, MEDIANTE DOCUMENTO No. ARCOTEL-DEDA-2017-008166-E DE 25 DE MAYO DE 2017.-**

- En la página 19, de la contestación presentada se manifiesta textualmente lo siguiente:

*"(...) Por lo expuesto solicitamos que se actúen las siguientes pruebas, y se consideren a favor de CONECEL:*

- *Copia Simple del denominado "Contrato de Adhesión para la prestación del servicio de telefonía fija", suscrito por el (sic) Señora Alicia Mercedes López Macías ECUADORTELECOM S.A. el 01 de JULIO de 2016, y sus respectivos anexos, que se detallan de la siguiente forma:*
  - a) Solicitud de Servicio*
  - b) Autorización para el empleo y contratación a través de medios electrónicos y call center*

*(...)"*

### **ANÁLISIS:**

*En la contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2017-0005 de 24 de abril de 2017, ingresada a la ARCOTEL mediante documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-008166-E de 25 de mayo de 2017, el Señor Francisco Teodoro Maldonado Guevara, en su calidad de PROCURADOR JUDICIAL de la Compañía CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A CONECEL (ECUADOR TELECOM S.A), no incluyó documentos adicionales para que sean consideradas pruebas a favor de la operadora.*

### **3.2.2. PRUEBAS PRESENTADAS EN EL ALCANCE A LA CONTESTACIÓN DADA AL ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO. ARCOTEL-CZO2-2017-0005, MEDIANTE DOCUMENTO No. ARCOTEL-DEDA-2017-008930-E DE 02 DE JUNIO DE 2017.-**

- En la página 1, del alcance a la contestación presentado se manifiesta textualmente lo siguiente:

*"(...) en atención a la providencia de Acto de Apertura de Evacuación de Pruebas de fecha 30 de mayo de 2017, notificada a mi defendida en legal y debida forma el 31 de mayo de 2017, conforme se desprende del literal b) de la presente providencia y de conformidad a lo prescrito en artículo 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, solicito se sirva tomar como prueba la copia simple adjunta del "Contrato de Adhesión para la prestación del servicio de telefonía fija", suscrito por la Señora Alicia Mercedes Lopez Macías ECUADOR TELECOM S.A. el 01 de julio de 2016, y sus respectivos anexos a). Solicitud de Servicio; y, b) Autorización para el empleo y contratación a través de medios electrónicos y call center), misma que fue enunciada en el acápite 6 del escrito de contestación. (...)"*

### **ANÁLISIS:**

*La copia simple del "Contrato de Adhesión para la prestación del servicio de telefonía fija" y de los anexos "Solicitud de Servicio" y "Autorización para el*

empleo y contratación a través de medios electrónicos y call center”, suscritos entre CONECEL y la Señora Alicia Mercedes Lopez, son documentos que fueron suscritos en la ciudad de Guayaquil a los 01 días del mes de julio de 2016.

Cabe mencionar que en el análisis realizado en el Informe No. IT-CCDS-CT-2017-009, sobre la base del que se emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2017-0005 de 24 de abril de 2017, se menciona que la revisión de las facturas de CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A CONECEL - ECUADORTELECOM S.A, remitidas por la operadora a través del SAAD, corresponde al período comprendido entre los meses de enero a diciembre de 2016, en donde se observó el cobro de “Gastos Administrativos” en la prestación del servicio de telefonía fija, en los meses de enero a junio de 2016.

Al realizar la revisión de la información presentada por la operadora y del análisis de las cláusulas del “Contrato de Adhesión para la prestación del servicio de telefonía fija”, en particular de las siguientes: CLÁUSULA TERCERA:OBJETO.- , CLÁUSULA OCTAVA.- OBLIGACIONES DE LA EMPRESA.-, CLÁUSULA DÉCIMA.- DERECHOS DEL ABONADO: y CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA.- FACTURACIÓN Y COBRANZA, se verificó que no contienen algún texto donde se indique que la operadora con aceptación expresa del abonado/cliente-usuario pueda facturar valores por “Gastos Administrativos”.

#### 4. OBSERVACIONES:

La operadora CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL – ECUADORTELECOM S.A. en la contestación al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2017-0005 de 24 de abril de 2017 ingresada a la ARCOTEL mediante Documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-008166-E de 25 de mayo de 2017, no adjuntó documento alguno dentro de los Anexos como prueba de descargo y posteriormente mediante Documento No. ARCOTEL-DEDA-2017-008930-E de 02 de junio de 2017 presentaron un “Contrato de Adhesión para la prestación del servicio de telefonía fija” que es de fecha 1 de julio del 2016, documento que consta dentro del expediente.

#### 5. CONCLUSIÓN.-

Con base en el análisis expuesto, el área técnica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 considera que la operadora CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL – ECUADORTELECOM S.A., **NO HA DESVIRTUADO TÉCNICAMENTE** el hecho señalado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2017-0005 de 24 de abril de 2017, puesto que el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A CONECEL - ECUADORTELECOM S.A ha realizado cobros por “Gastos Administrativos” en la facturación de enero a junio de 2016, que no cuentan con la aceptación expresa del usuario y además no se encuentran

*estipulados ni pactados en los contratos de adhesión suscritos entre la operadora y sus abonados o clientes."*

**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 No. ARCOTEL-JCZO2-R-2017-0009 de 14 de julio de 2017**, realiza en lo principal, el siguiente análisis:

"(...)

*La comparecencia al procedimiento por parte de la Operadora de CONECEL S.A., se encuentra debidamente legitimada.*

*Lo fundamental de la comparecencia de la operadora CONECEL S.A. dentro del presente procedimiento está en la exposición de excepciones y alegatos que serán consideradas en el presente análisis jurídico en tres aspectos:*

- *Lo relacionado a los antecedentes y las referencias que hace del Informe Jurídico y técnico previos al Acto de Apertura **ARCOTEL-CZO2-2017-0005***
- *Lo relativo a las excepciones y a la prueba aportada.*
- *Lo relacionado a la Resolución 694 y los principios de derecho administrativo invocado.*

**a. ANÁLISIS DE LOS DESCARGOS, ALEGATOS Y PRUEBAS:**

*Sin embargo de lo anterior se cree que es fundamental establecer algunos conceptos que ayudarán en el fortalecimiento de la motivación de la resolución correspondiente; y por lo tanto, se debe considerar lo siguiente:*

**SERVICIO PÚBLICO**

*Una de las formas que asume la actividad administrativa del Estado, es la prestación de servicios públicos (las otras formas son la actividad de fomento y actividad de policía).<sup>1</sup>*

*El artículo 314 de la Constitución de la República determina la responsabilidad del Estado en la provisión de los servicios públicos, entre los cuales menciona las telecomunicaciones.*

*El autor Marco Morales Tobar hace una referencia a una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional del Ecuador en el caso No. 009-2002-TC, que se encuentra publicada en el Registro Oficial No. 10 del 29 de enero del 2003, y que la aceptamos como una definición acertada de servicio público y sobre la cual se trabajará en la motivación de la resolución que nos ocupa:*

<sup>1</sup> Marco Morales Tobar. Obra: Manual de Derechos Procesal Administrativo. Pág. 385

*De modo general, los servicios públicos se caracterizan por atender necesidades individuales de importancia colectiva, servicios que deben ser prestados por el estado, de manera permanente o periódica, material y sistemática, de forma directa o indirecta, para alcanzar su finalidad de promover el bien común y el progreso social, dentro de un régimen de derecho público que determina su regulación y las potestades de quien los presta;*

*Roberto Dromi manifiesta que es contradictorio dividir el concepto de prestaciones públicas en razón del agente gestor (público o privado) o el régimen aplicable (derecho público y privado) y manifiesta:*

*El obrar público, sin distinción de sus ejecutantes, tiene inexorablemente que estar regido en todo o en parte por el derecho público. Lo contrario provoca y la realidad lo acredita una distorsión peligrosa de inversión de regímenes jurídicos, afiliándose al Estado al régimen jurídico privado, o los particulares sometidos al peso de las cargas públicas.<sup>2</sup>*

*El servicio público tiene como objetivo fundamental velar por el bien común, haciendo efectivos los derechos del buen vivir y anteponiendo el interés general sobre el interés particular.*

#### **PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.**

*La provisión de los servicios públicos entre los que se encuentra los de telecomunicaciones los debe proveer el Estado de conformidad con lo que determina al artículo 314 de la Constitución de la República.*

*El artículo 316 de la carta fundamental determina que el Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas cuando se tenga mayoría accionaria y podrá de forma excepcional delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria.*

*El Estado es el titular del servicio público y como se verá más adelante solo cede su ejercicio.*

#### **LA CONCESIÓN.**

*El autor Marco Morales Tobar en su obra citada sobre el asunto de la concesión manifiesta:*

*(...)*

*Es importante en este punto reiterar mi parecer, de que el Estado a través de sus instituciones democráticamente establecidas, es el titular de las actividades que la administración realiza para la consecución de cometidos que se propone, actividades que en algunas circunstancias deben ser prestadas por la iniciativa privada, como habíamos señalado anteriormente, siendo que algunas de ellas no son delegables, como la seguridad interna y externa, las relaciones internacionales, las actividades de legislación o la dotación de agua. Para estos casos de delegación como señalamos en líneas anteriores, una de las figuras jurídicas más usadas en el mundo administrativo es la concesión (...).<sup>3</sup>*

<sup>2</sup> Marco Morales Tobar. Obra Manual de Derechos Procesal Administrativo. Pág. 398

<sup>3</sup> Marco Morales Obra: Manual de Derechos Procesal Administrativo Págs. 405 y 406

*El mismo autor recoge una definición del tratadista Roberto Dromi sobre la concesión de servicio público, a la cual se la considera acertada.*

*La concesión del servicio público es el contrato por el cual el estado encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública no estatal, la prestación de un servicio público, bajo determinadas condiciones objetivas, subjetivas y temporales. Esta persona, "concesionario", actúa por su propia cuenta y riesgo. La labor se retribuye con la tarifa o precio pagado por los usuarios o con subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o con ambos medios a la vez.*

*La concesión es una figura que se da para la prestación de servicios públicos, pero este concepto no puede quedar allí, es necesario completarlo o complementarlo de acuerdo al criterio del mismo tratadista Dromi que manifiesta:*

*"El contrato de concesión del servicio público implica la transferencia de prerrogativas, por sustitución de funciones y el reemplazo de sujetos prestadores... El estado asume en este contrato dos posiciones, es el sujeto concedente y es el regulador y controlante de la gestión."*

*La facultad del Estado está en dar la transferencia de las prerrogativas pero de acuerdo con lo anotado anteriormente, no puede ceder las potestades de regulación y control que son indelegables.*

*Para dejar claros estos conceptos tratados de manera breve y con la finalidad de tener elementos en la motivación de la resolución que corresponda emitir, es necesario que consideremos lo siguiente:*

*Qué pasa cuando el usuario es afectado por el servicio que recibe de parte del concesionario y en el caso que nos ocupa un cobro indebido o ilegal asociado a la facturación de un servicio de telecomunicaciones.*

*El contrato de concesión es el vínculo que une al prestatario del servicio con el Estado, del que surgen obligaciones mutuas dentro de un marco propio de regulación de cada servicio con la finalidad de ejercer el control de los servicios concesionados y que los brindan empresas públicas o privadas.*

*Este es un problema complejo ya que el contrato de concesión genera derechos y obligaciones entre el Estado, el prestador de servicios y el usuario que los podemos resumir:*

*El Estado*

- El Estado tiene la potestad de regular el servicio de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.*
- Aprobar las tarifas estableciendo techos y pisos.*
- Controlar la prestación del servicio aplicando de ser el caso sanciones y rescindir el contrato por incumplimiento del concesionario.*
- Revocar el contrato o rescatar el servicio interviniendo y revirtiendo los bienes.*

*El concesionario.*

*El concesionario tiene los derechos determinados en el contrato de concesión; sin embargo, nuestra legislación es más clara al respecto ya que el artículo 25 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones determina los derechos de los concesionarios y entre estas tenemos en resumen:*

- *Recibir el pago oportuno por parte de los usuarios.*
- *Suspender el servicio por falta de pago.*
- *Recibir de ARCOTEL atención oportuna y motivada de sus peticiones.*
- *Contratar con terceros para la reventa y acuerdos de distribución referentes al servicio autorizado*

*El Usuario.*

*Surge un tercer elemento subjetivo que es el cliente, abonado o usuario del servicio público, que tiene el derecho a que se preste el servicio de telecomunicaciones en las condiciones de calidad, en forma continua, ininterrumpida, y a pagar únicamente los servicios contratados y efectivamente prestados por la empresa.*

*Los derechos de los usuarios se encuentran determinados en la Constitución de la República y como tal gozan de las prerrogativas del bloque de constitucionalidad y sus principios están determinados en el artículo 11 y fundamentalmente en el numeral 6 que determina que los mismos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.*

*Así se lo debe considerar al usuario en esta relación.*

*Todo esto nos hace ver lo complejo que aparece el contrato de concesión, donde aparece el Estado como el ente regulador y contralor, la empresa prestadora y el usuario, con relaciones que se dan entre unos y otros, con derechos y obligaciones para todos.*

*Eso debe quedar claro ya que por disposición legal y Constitucional, se debe aplicar la norma que más favorezca a la efectiva vigencia del derecho, así lo manifiesta el artículo 11 numeral 5, de la Constitución, esto tiene relación con lo que determina el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en cuanto se refiere a la ponderación de derechos dentro de los métodos de interpretación constitucional y manifiesta:*

- 3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o la afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.*

*Una vez aclarados estos conceptos y determinados los derechos fundamentales de quienes intervienen en la prestación del servicio público de telecomunicaciones pasamos a analizar la infracción presunta cometida por la empresa CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL (ECUADORTELECOM S.A.), esto es el cobro de gastos administrativos dentro de la factura del servicio público que presta y que es la cantidad USD\$0,65 dólares (sesenta y cinco centavos de dólar por cada factura), sin la autorización del usuario.*

Este cobro de acuerdo a lo que manifiesta la misma empresa dentro del primer escrito de comparecencia en la página 11, está vinculado a la operación de la compañía e indica que son: "a) Gestión de recaudación de los servicios contratados. b) Mantenimiento de canales de atención virtual. c) Licencias y mantenimiento de plataformas de almacenamiento de información para gestión y atención de los requerimientos de los abonados-Clientes-usuarios. d) Costo de mensajería (SMS y correos electrónicos) a través de los cuales se informa a los abonados-clientes-usuarios la generación y disponibilidad de sus facturas de consumo". Esta aseveración de la empresa tiene relación con lo que determina en Oficio GG-2016-Nº 287, de 07 de junio del 2016, que consta en el ANEXO 1 del Informe No. IT-CCDS-CT-2017-009.

Estos ITEMS manifiesta la operadora están vinculados o relacionados a los costos que se genera mensualmente en la operación de la compañía y además en la página 13 del primer escrito de comparecencia manifiesta que los mismos son **ajenos a los servicios de telecomunicaciones**. (Negrillas me pertenecen).

El cobro del rubro "GASTOS ADMINISTRATIVOS", manifiesta la empresa operadora que es legítimo y legal, y de esto se puede manifestar:

- En primer lugar la aceptación por parte de la empresa operadora del cobro del rubro.
- En segundo lugar quiere justificar que es un cobro legítimo y legal sin determinar la norma en la que basan su cobro.

Hay un principio del derecho administrativo que se denomina de permisibilidad y que manifiesta que solo se puede hacer lo que está permitido en la Constitución y la Ley, por lo tanto lo demás se encuentra prohibido.

Además lo que no se encuentra aceptado o pactado en los contratos de adhesión se encuentra expresamente prohibido y el numeral 19 del artículo 22 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones manifiesta:

**19. A que se mantengan las condiciones de prestación de los servicios contratados; los cambios unilaterales en los contratos de prestación de servicios, se considerarán nulos y no tendrán ningún valor.**

El derecho de los usuarios conlleva a obligaciones de los prestadores de servicio y si el cobro de gastos administrativos no se encuentra pactado en los contratos y expresamente autorizado por los usuarios constituye una prohibición expresa que debe ser obedecida de manera obligatoria por la empresa CONECEL S.A. (ECUADORTELECOM S.A.), por lo tanto para determinar que no existe una violación del ordenamiento jurídico, se debe determinar si en los contratos de adhesión firmados por los usuarios existe autorización para cobro de valores como los descritos por la empresa operadora en el escrito de contestación al Acto de Apertura y en el Oficio GG-2017-Nº 287, que consta en el Anexo 1 dentro del Informe IT-CCDS-CT-2017-009.

Sobre este asunto, el Informe Técnico No. IT-CZO2-AA-2017-0007, de 20 de junio del 2017, realiza un análisis de la contestación y las pruebas que ha presentado la operadora CONECEL S.A. (ECUADORTELECOM S.A.) sobre lo acusado en el Acto de Apertura ARCOTEL-CZO2-2017-0005 y manifiesta:

## 6. CONCLUSIÓN.-

Con base en el análisis expuesto, el área técnica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 considera que la operadora CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL – ECUADORTELECOM S.A., **NO HA DESVIRTUADO TÉCNICAMENTE** el hecho señalado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2017-0005 de 24 de abril de 2017, puesto que el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL - ECUADORTELECOM S.A. ha realizado cobros por "Gastos Administrativos" en la facturación de enero a junio de 2016, que no cuentan con la aceptación expresa del usuario y además no se encuentran estipulados ni pactados en los contratos de adhesión suscritos entre la operadora y sus abonados o clientes.

Es claro entonces que el usuario nunca autorizó cobros como los descritos por la operadora bajo la denominación GASTOS ADMINISTRATIVOS, por lo tanto su cobro es contrario a la ley y al contrato de adhesión.

En la página 15 del primer escrito de contestación al Acto de Apertura, la empresa operadora manifiesta que los gastos administrativos, mal denominados por ellos, **"corresponde a servicios legales y legítimos que han sido cobrados muy por debajo del techo tarifario"** (Negrillas me pertenecen)

En el aforismo jurídico se deberá entender que a confesión de parte, relevo de prueba, la Operadora con este argumento señala que este tipo de servicios corresponde a servicios suplementarios, que son cobrados muy por debajo del techo tarifario; por lo que si fuera pertinente lo manifestado por la Operadora, se debería entender que forman parte de una tarifa por SERVICIOS de TELECOMUNICACIONES, aceptando implícitamente la competencia de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en el control y potestad punitiva ejercidos; además se debe dejar en claro que al tratarse de un SERVICIO PÚBLICO, este debe ser estrictamente regulado y controlado por el Estado, por lo que tampoco cabe la velada amenaza de cobros superiores, a los que son materia del presente procedimiento.

Sobre el hecho de que la ARCOTEL es el organismo encargado de la regulación y control de las telecomunicaciones no debe quedar duda en la empresa operadora CONECEL S.A. (ECUADORTELECOM S.A.) y la competencia de este órgano está dada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones concretamente en el artículo 144.

Además, es obligación de la administración pública atender los derechos de los usuarios, al respecto el artículo 22 de la LOT, numeral 17 determina como derecho del usuario:

**17. A que se le proporcione adecuada y oportuna protección por parte de los órganos competentes contra incumplimientos legales, contractuales o reglamentarios cometidos por los prestadores de servicios de telecomunicaciones o cualquier otra persona que vulnere los derechos establecidos en esta Ley y la normativa que resulte aplicable**

Esta disposición tiene relación con el artículo 11 numeral 3 de la Constitución de la República, en el que se permite que cualquier servidor público actúe de oficio o por petición de parte en defensa de los derechos y garantías establecidos, el que manifiesta:

**3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.**

**Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.**

**Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.**

Queda claro entonces que ante cualquier violación de un derecho, pueden los funcionarios públicos actuar de manera inmediata y la ARCOTEL puede intervenir en defensa de los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones.

Ahora se deben considerar otros alegatos presentados por la operadora dentro de los escritos de comparecencia y que se refieren a los siguientes puntos:

- Dentro de los antecedentes se hace referencia al Informe Jurídico ARCOTEL-JCZO2-2017-0005.
- Consideraciones de fondo.
- Determinación del criterio retroactivo ARCOTEL, en los gastos administrativos.
- Gastos ajenos a la prestación del servicio de telecomunicaciones.
- Cobro de gastos administrativos no cuentan con la aceptación expresa del cliente y en los contratos de adhesión.

En el segundo escrito de comparecencia presenta como excepciones:

- Se presenta un escrito de prueba y se adjunta un documento que consiste en un contrato de adhesión.

En el tercer escrito se presenta las siguientes alegaciones

- Aspectos relacionados con lo que manifiesta la Resolución 2015-0694 de la ARCOTEL, en lo que tiene que ver con los plazos.
- Hace referencia a los principios rectores del derecho administrativo

Se analizan los puntos descritos en forma detallada y para ello se considera:

#### **En relación al Informe Jurídico.**

Sobre la referencia que realiza del Informe Jurídico la empresa operadora CONECEL S.A. en la página 2 del primer escrito, en el sentido de que existiría un error que vicia al Acto de Apertura, se aclara lo siguiente:

En primer lugar todo tipo de informes que se presente dentro de la administración pública, obedece a la actividad asesora que tiene la administración, la misma que de acuerdo al Dr. Patricio Secaira Durango significa:

**La administración consultiva, en realidad no admite decisiones administrativas, sino más bien juicios de valor, opiniones sobre aspectos determinados y siempre con anterioridad a que la administración consultante exteriorice su voluntad pública, pues solo a ella le compete tomar la resolución que cada caso amerite. No obstante los actos emitidos por los órganos asesores se los denomina actos consultivos de la administración...**

Por otro lado el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) al respecto y en concordancia con lo anterior manifiesta:

**Art. 150.- Evacuación.**

**1. Salvo disposición legal expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes;**

Por las disposiciones expuestas, la Autoridad al momento de emitir el Acto de Apertura no ha replicado el supuesto error del Informe Jurídico No. ARCOTEL-JCZO2-2017-A-0005.

Si bien dentro del Informe Jurídico se describe a la empresa CONECEL S.A. como operadora del servicio móvil avanzado, esto obedece a que dicha empresa tiene el título habilitante para brindar dicho servicio, lo cual no afecta a la naturaleza del hecho reportado y atribuido en el acto de apertura, que se refiere al servicio de telefonía fija que brinda ECUADORTELECOM S.A., cuya propietaria es la citada operadora CONECEL S.A., y la expedientada pretende confundir a esta administración haciendo parecer que se trata de dos empresas diferentes cuando en la realidad se trata de la misma empresa.

Por lo tanto se considera que su alegación es contraria al ordenamiento jurídico vigente y a la verdad material del presente procedimiento administrativo, ya que no se encuentra la afirmación hecha por la operadora dentro del Acto de Apertura, y se rechaza la supuesta nulidad del procedimiento por la existencia de un error en un acto de simple administración.

El acto de apertura es el que de acuerdo al artículo 126 de la LOT debe contener 4 requisitos que son:

- Los hechos que presuntamente constituyen infracción.
- La tipificación de la infracción y las disposiciones presuntamente vulneradas.
- Las posibles sanciones en caso de comprobarse la existencia de la infracción.
- El plazo para formular los descargos.

Esta situación se ha tomado en cuenta en el acto de apertura ARCOTEL-CZO2-2017-0005, por lo tanto se considera que su alegación es contraria al ordenamiento jurídico vigente y a la verdad material del presente procedimiento administrativo y fundamentalmente no se encuentra tal afirmación dentro del Acto de Apertura.

**En lo que la empresa denomina “Consideraciones de fondo.”**

No debe la empresa operadora CONECEL S.A. (ECUADORTELECOM S.A.) definir al acto de apertura como un acto administrativo lato, el mismo, es un acto de inicio de un

*procedimiento administrativo que cumple con los requisitos determinados en el artículo 126 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y por lo tanto con él se inicia un procedimiento administrativo sancionador.*

*Se le considera al acto de apertura un acto preparatorio o interlocutorio, que de acuerdo al Dr. Patricio Secaira en su obra Curso de Derecho Administrativo expresa:*

***Son aquellos que se emiten para formar el procedimiento, para iniciar el trámite de formación de la decisión administrativa; son previos a la formación de la voluntad administrativa. Sirven precisamente para que el administrador encuentre la verdad material del asunto a fin de precautelar la legalidad del acto administrativo a emitirse finalmente. Estos actos deciden asuntos de mero trámite que impulsan el procedimiento administrativo hasta su culminación. Pág. 202***

*El acto de apertura llamado así en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, es el que da inicio al procedimiento administrativo sancionador en el que se debe notificar al sujeto pasivo, recibir todos los descargos que se crea asistido, la administración debe observar las garantías del debido proceso y una vez evacuadas las pruebas solicitadas, emitir una resolución motivada de acuerdo a la verdad material y que consta del expediente. Por lo expuesto esta alegación no se puede aceptar a trámite.*

#### **Sobre la determinación del criterio retroactivo por parte de la ARCOTEL.**

*Otro argumento del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL (ECUADORTELECOM S.A.), es la supuesta disposición administrativa que se está aplicando de manera retroactiva, es decir, recién a partir del 14 de junio de 2016, mediante oficio No. ARCOTEL-DE-2016-0002-C, ARCOTEL determina su criterio vinculante de que el rubro "gastos administrativos" no debería ser incluido dentro de las tarifas que los clientes deben de cancelar por prestación de servicios de telecomunicaciones, y manifiesta que el cobro de estos rubros, "... fueron suspendidos de manera definitiva a partir de julio del 2016, razón por la cual nuestra representada en ejercicio de su derecho a la defensa ratifica su inocencia..."*

*Posteriormente a fojas 11 del escrito de contestación la empresa manifiesta que: "De lo expuesto es notorio y público que vuestro despacho no dispone de potestad legal para sancionar a nuestra representada por hechos o actos que al momento de su ejecución eran lícitos, es decir, no habían sido prohibidos por la normativa. Adicional a ello, debemos aclarar que mediante comunicado de fecha 07 de junio de 2016 nuestra representada informó a vuestro despacho lo siguiente, "Los gastos que han sido considerados dentro de la cuenta de Gastos Administrativos están vinculados a los costos que se generan mensualmente en la operación de la compañía, tales como: a) Gestión de recaudación de los servicios contratados. b) Mantenimiento de canales de atención virtual. c) Licencias y mantenimiento de plataformas de almacenamiento de información para gestión y atención de los requerimientos de los abonados-Clientes-usuarios. d) Costo de mensajería (SMS y correos electrónicos) a través de los cuales se informa a los abonados-clientes-usuarios la generación y disponibilidad de sus facturas de consumo..."*

*Hay un asunto a tomar en cuenta y es que la operadora por disposición normativa expresa no puede cobrar por servicios que no hayan sido autorizados expresamente por el cliente.*

La Constitución fue dictada en el año 2008, la LOT en el año 2015 y el Reglamento General a la LOT en enero del 2016 y esta normativa exige que todos los prestadores de servicio de telecomunicaciones la cumplan sin excepción.

La facultad sancionadora nace de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones como se ha visto en el capítulo de la competencia de esta resolución tanto para el órgano como para la autoridad.

Se pretende desviar la atención manifestando que es a partir de la comunicación No. **ARCOTEL-DE-2016-0002-C** del 14 de junio de 2016, se debe cumplir con la obligación de no cobrar gastos administrativos; es decir, que con esto mantiene el criterio de no cumplir con la Constitución, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y el Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, desconociendo el orden jerárquico de las leyes determinadas en el artículo 425 de la Constitución de la República, por lo tanto no constituye un aserto lo afirmado por el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL (ECUADORTELECOM S.A.), en el sentido de que su expedición genere obligaciones de cumplimiento retroactivo.

**Sobre la excepción de que los gastos administrativos son gastos ajenos a la prestación del servicio de telecomunicaciones, se debe manifestar:**

En primer lugar no es cierto lo que manifiesta la operadora en la primera parte de la página 13 y luego en la página 14, del escrito de contestación al acto de apertura ARCOTEL-CZO2-2017-0005 y que lo cita entre comillas, que hace referencia según la operadora al Servicio Móvil Avanzado como si fuera textual, pretendiendo con esto una vez más engañar o sorprender a esta autoridad. Eso no se manifiesta en el acto de apertura al procedimiento administrativo sobre que los gastos administrativos deben **ser incluidos en la tarifa del servicio móvil avanzado** prestado por la operadora, en el acto de apertura se habla de que los gastos administrativos deben ser incluidos en la **tarifa del servicio de telefonía fija prestado por la operadora**. (Ver página 9 del Acto de Apertura ARCOTEL-CZO2-2017-0005).

Entre las páginas 13 y 14 del primer escrito de comparecencia la empresa operadora manifiesta:

Señor Coordinador, destacando que la ARCOTEL carece de *ratione materiae* y *ratione temporis* en el presente expediente a efectos de sancionar la modalidad de cobro de servicios ajenos a los servicios de telecomunicaciones de nuestra representada, debemos partir por señalar que CONECEL-ECUTEL ha recaudado valores a sus clientes bajo la denominación "gastos administrativos" mismos que corresponden a servicios que se generan mensualmente por el uso u operación de los mismos por parte de nuestros abonados-clientes y que no son catalogados dentro del Artículo 3 numeral 10 del Reglamento General a la LOT, ni del Art. 62 del mismo reglamento, de lo cual se establece claramente que NO es un servicio de telecomunicaciones; Vale la pena destacar que actualmente coexisten los servicios suplementarios que se encuentran reglados y tarifados conforme las disposiciones del contrato de concesión, dentro de estos servicios están: Marcación Abreviada, Transferencia de Llamadas, Casillero de Voz, Llamada en Espera, Servicio Clip, Factura Detallada, Cambio de número, suspensión temporal del servicio de telecomunicaciones, Bloqueo a Celulares y Larga Distancia, Cambio de nombre o razón social, mismos que se transfieren al cliente en algunos casos de manera gratuita y otros con un precio o tarifa muy inferior a lo fijado por el Estado. Sin embargo debemos reafirmar

que queda por fuera aquellos servicios que el propio Contrato de Concesión establece como una posibilidad de cobro adicional a las tarifas.

En esta parte la empresa CONECEL S.A. (ECUADORTELECOM S.A.) da a entender que en el contrato de concesión coexisten lo que denomina "SERVICIOS SUPLEMENTARIOS", los mismos que están debidamente reglados; sin embargo, revisado el contrato de concesión efectuado entre la SENATEL y ECUADORTELECOM S.A. adendas y contrato rectificatorio, no se encuentra estipulado el cobro por servicios suplementarios o como lo manifiesta la empresa, cobros adicionales, en la prestación del servicio de telefonía fija, por lo tanto esta excepción no se apega a la verdad material del procedimiento; y en el supuesto no consentido de que existiera, las disposiciones de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones prevalecen sobre los contratos, conforme la Disposición Transitoria Primera de la Ley ibídem, que manifiesta:

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

**Sobre la excepción de que el cobro de gastos administrativos cuenta con la aceptación expresa del cliente y fueron pactados en los contratos de adhesión con sus abonados o clientes.**

Se insiste en la falta de competencia de la ARCOTEL y se manifiesta que la única autoridad para velar por los derechos de los consumidores son los jueces de contravención de la Función Judicial conforme lo determina la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

La empresa CONECEL S.A.- ECUTEL como ellos se hacen llamar, es concesionaria de un servicio público de telecomunicaciones y la relación con los abonados, clientes o usuarios está regulada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y sus Reglamentos. La Constitución de la República, en su artículo 314, ordena expresamente que la provisión de **SERVICIOS PÚBLICOS**, al cual pertenece taxativamente el sector de las telecomunicaciones, tendrá estricto control y regulación; lo cual se encuentra recogido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que al respecto dice: Art. 2.- "Ámbito.- **La presente Ley se aplicará a todas las actividades** de establecimiento, instalación y explotación de redes, uso y explotación del espectro radioeléctrico, **servicios de telecomunicaciones y a todas aquellas personas naturales o jurídicas que realicen tales actividades a fin de garantizar el cumplimiento de los derechos y deberes de los prestadores de servicios y usuarios**"; "Art. 3.- Objetivos.- Son objetivos de la presente Ley:... 9. **Establecer las condiciones idóneas para garantizar a los ciudadanos el derecho a acceder a servicios públicos de telecomunicaciones de óptima calidad, con precios y tarifas equitativas y a elegirlos con libertad así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.** 10. **Establecer el ámbito de control de calidad y los procedimientos de defensa de los usuarios de servicios de telecomunicaciones,**

**las sanciones por la vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de los servicios y por la interrupción de los servicios públicos de telecomunicaciones que no sea ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor(...), lo que reafirma que la **COMPETENCIA y EJERCICIO DE LA POTESTAD PUNITIVA**, a través de esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, se encuentra investida de Constitucionalidad, legalidad y normatividad, por lo que no tiene asidero alguno la afirmación sostenida por CONECEL.**

Expone la empresa concesionaria que los "...usuarios/Abonados/clientes de CONECEL S.A.-ECUTEL., han suscrito la aceptación de descuentos por servicios de manera expresa en sus contratos de servicio y otros instrumentos formales de contratación adjuntos al mismo, aspecto que demostramos con la evidencia que se incluye en el **Anexo 1... (...)**" (lo resaltado y subrayado me pertenece)

Se debe anotar que el Anexo 1 al que se refiere en el primer escrito de contestación al Acto de Apertura y que hace relación a una supuesta autorización de descuentos no existe, ya que no se ha presentado documento alguno dentro del término legal previsto para hacerlo; y, por lo tanto se refieren a un documento inexistente, por consiguiente su aseveración de que cuenta con la aceptación del cliente no tiene sustento legal, material y jurídico; es decir, se hace el análisis de parte de la empresa CONECEL S.A.-ECUADORTELECOM S.A. de una prueba que no existe, que no se presentó en el escrito de comparecencia.

Posteriormente, en segundo escrito ingresado por parte de la empresa CONECEL S.A. - ECUADORTELECOM S.A., con número de trámite ARCOTEL-DEDA-2017-008930, de 02 de junio del 2017, adjunta un documento que es copia de un contrato de adhesión para la prestación del servicio de telefonía fija, celebrado con la señora Alicia Mercedes López Macías en fecha 01 de julio del 2016, sobre el que se pueden hacer las siguientes precisiones:

- El escrito es presentado fuera del término para presentación de prueba el mismo que concluyó en fecha 25 de mayo del 2017.
- El contrato que se presenta es de fecha 1 de julio del 2016, es decir celebrado en fecha posterior al análisis que realiza la ARCOTEL y que corresponde a los meses de enero a junio del 2016.

En el Informe Técnico No. IT-CZO2-AA-2017-0007, sobre el análisis de la copia del contrato presentado extemporáneamente por CONECEL S.A., se manifiesta:

**Al realizar la revisión de la información presentada por la operadora y del análisis de las cláusulas del "Contrato de Adhesión para la prestación del servicio de telefonía fija", en particular de las siguientes: CLÁUSULA TERCERA:OBJETO., CLÁUSULA OCTAVA.- OBLIGACIONES DE LA EMPRESA., CLÁUSULA DÉCIMA.- DERECHOS DEL ABONADO: y CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA.- FACTURACIÓN Y COBRANZA, se verificó que no contienen algún texto donde se indique que la operadora con aceptación expresa del abonado/cliente-usuario pueda facturar valores por "Gastos Administrativos".**

El citado contrato, además de haber presentado extemporáneamente, no contiene una aceptación expresa por parte del abonado, cliente o usuario del servicio para que se incorporen valores de prestaciones, productos o servicios, adicionales a los ahí indicados, por lo tanto su cobro no es legal y no es aceptado por el usuario.

Por último, en el escrito de comparecencia por el que se da contestación al Acto de Apertura al procedimiento Administrativo Sancionador, se hace una solicitud en la página 19 en el número 3 que manifiesta:

**3. Se declare la extensión del presente procedimiento administrativo sancionador.** (Subrayado y negrillas me pertenecen)

No se entiende claramente que es lo que pide la empresa operadora CONECEL S.A. y como quiere que se declare la "extensión" del presente procedimiento, y a qué se le debería "extender".

En fecha 28 de junio del 2017, mediante documento ingresado en esta oficina con número de trámite No. ARCOTEL-DEDA-2017-010322-E se hace una alegación sobre el Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador, aprobado por Resolución ARCOTEL-2015-0694 y los principios rectores del procedimiento administrativo, por lo que es necesario precisar:

CONECEL sostiene: "...la Dirección Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (en adelante "Dirección Ejecutiva ARCOTEL") el 28 de octubre de 2015, exteriorizo la voluntad administrativa vinculante a vuestro despacho, referente al **"Instructivo para el procedimiento administrativo sancionador de la Agencia de regulación y control de las telecomunicaciones ARCOTEL"** (...) Señor Coordinador el **Artículo 18** del Instructivo, señala lo siguiente: **"En la fase pre-procedimental los informes técnicos se deben remitir a las unidades jurídicas de los organismos desconcentrados, dentro de diez (10) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente de haberse realizado el trabajo de investigación. (...) De ser necesario, dichos términos podrán ampliarse, sin exceder de treinta (30) días hábiles, cuya necesidad sea debidamente justificada, excepto durante la faceta de impugnación, en la cual la prórroga no podrá ser mayor a quince (15) días hábiles."** (el resaltado me pertenece). **2. DE LA EVIDENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DE PLAZOS Y PROCESOS ESTIPULADOS EN EL INSTRUCTIVO, DENTRO DEL EXPEDIENTE No. ARCOTEL-CZO2-2017-0005** (...) de la revisión del expediente se desprende lo siguiente:.. c. Informe técnico de control de servicios de telecomunicaciones No. **IT-CCDS-CT-2017-009**, sobre la verificación de cobros de acuerdo a lo pactado en los contratos de adhesión, de fecha **10 de marzo de 2017**. d. Memorando No. ARCOTEL-CCDS-2017-0137-M recibido por su despacho en fecha **27 de marzo de 2017**. Documento que expresamente señala "(...) esta dirección remitió a la Coordinación Técnica de Control, el informe técnico IT-CCDS-CT-2017-007 de 08 de marzo de 2017, en el cual se concluye y recomienda lo siguiente". De lo expuesto se evidencian como hecho no controvertido e irrefutable, que el informe técnico signado con el número IT-CCDS-CT-2017-009 de fecha 10 de marzo de 2017, se remitió conforme dispone el instructivo, con la salvedad **que esto se ejecutó fuera del término de diez días** que prevé el Instructivo. Igualmente no controvertido es la inexistencia de una solicitud de prórroga y aceptación de la misma al termino original, por cuanto de la notificación que su despacho hizo a nuestra representada del expediente original, no contiene la prórroga antes dicha en favor de la Dirección Técnica, circunstancia que aparejada al principio de legalidad y verdad procesal nos permite concluir de manera cierta, clara y fidedigna **la extemporaneidad con la que actuó la Dirección Técnica**, la omisión expresa de la Dirección Jurídica al obviar la ausencia de competencia en razón del tiempo y finalmente la ilegalidad manifiesta que contiene el acto de apertura por usted dispuesto al intentar convalidar vicios que afectan al procedimiento."; al respecto se debe decir, sobre la supuesta existencia de **extemporaneidad con la que actuó la Dirección Técnica**, alegada por

el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL (Ecuadortelecom S.A., para cuya justificación realiza el análisis de las fechas de notificación del informe técnico, respecto a los términos establecidos en el Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones – ARCOTEL, citando para ello doctrina relacionada con el principio de legalidad; el Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la ARCOTEL, establece una clara diferencia entre la “etapa pre-procedimental de investigación” y las “etapas del procedimiento administrativo sancionador” propiamente dicho. El Procedimiento Administrativo Sancionador – PAS comprende desde la etapa de sustanciación, esto es, a partir de la notificación del acto de apertura hasta que se remite el proyecto de resolución; etapa dentro de la cual, la administración se encuentra obligada a realizar todas sus actuaciones observando estrictamente los términos señalados en el procedimiento sancionador establecido en el Capítulo III de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, los cuales se replican en el citado Instructivo; por lo que se evidencia un equivocado análisis al comparar indistintamente un “Instructivo interno”, con la “Constitución” y la “Ley”, sin tomar en cuenta la jerarquía de las normas jurídicas. No cabe asumir, que todos los actos que emite la administración son actos administrativos, sin considerar que de acuerdo a lo dispuesto en el **Art. 64** del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva – ERJAFE, la actividad jurídica de la administración se manifiesta a través de distintas CATEGORÍAS, expresando que: **“Las Administraciones Públicas Central e Institucional de la Función Ejecutiva sometidos a este estatuto manifiestan su voluntad jurídica de derecho público a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos, (...)”** y, el Art. 74 del mismo Estatuto prevé que: **“Los actos de simple administración por su naturaleza consultiva y preparatoria a la manifestación de la voluntad administrativa no son propiamente impugnables. Ello sin perjuicio del derecho a impugnar el acto administrativo que omitió un dictamen o informe cuando ellos eran necesarios o cuando se sustentó en un informe o dictamen erróneo”**; lo cual significa que los informes técnico y jurídico, así como el propio acto de apertura del procedimiento administrativo sancionador, al ser actos de simple administración, por su naturaleza preparatoria a la voluntad de la administración **no son impugnables**; y, por otra parte, dicho artículo establece expresamente **el derecho a impugnar “el acto administrativo”**, cuando este último 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**. Efectivamente, no todas las actuaciones de la Administración Pública son consideradas como actos administrativos, pero además, únicamente aquellas actuaciones 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 forma directa**; el Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones – ARCOTEL al ser una instrucción contenida en una declaración unilateral interna e interorgánica, debe ser considerado como un **ACTO DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN**, de conformidad con la definición constante en el artículo 70 del ERJAFE, por cuanto, fue emitido en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, dictados o ejecutados en su consecuencia, y sin generar a los administrados derechos ni obligaciones de ningún orden; por lo tanto, este instrumento contiene instrucciones que deben seguir los servidores de la ARCOTEL que participan en el procedimiento administrativo sancionador, (el cual como dejamos claro anteriormente, comienza con la notificación del acto de apertura), ya que además, como se puede constatar de su simple lectura, el Instructivo se sujeta fielmente al procedimiento y términos establecidos en la LOT y su Reglamento General, sin

contravenirlos ni alterarlos. En consecuencia, resulta desacertado afirmar que el incumplimiento de un término contenido en una instrucción de orden interno, comprendido en una etapa anterior al inicio del PAS, afecte por sí solo la validez del acto de apertura dictado por el órgano administrativo con el cual recién se da inicio a la etapa de sustanciación del PAS; en tal virtud, no se puede hablar de violación del principio de legalidad, al no ser el instructivo ni formal ni materialmente una ley, sino que es un acto de simple administración. Cabe destacar además, que la Disposición General Quinta del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, prevé que los **“actos normativos internos”**, como el Reglamento de Funcionamiento del Directorio, el Reglamento Orgánico por Procesos o los necesarios para la organización y funcionamiento de la ARCOTEL, por su naturaleza, no requerirán del procedimiento de consulta pública para su aprobación; dejando establecido que el instructivo ni siquiera alcanza la categoría de acto normativo. Por otra parte, la publicación del Instructivo realizada en el Registro Oficial Nro. 632 de 20 de noviembre de 2015, constituye únicamente un mecanismo de información de los instructivos internos, de conformidad con la letra f) del artículo 205 del ERJAFE. Finalmente, se debe puntualizar que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en su artículo 135, regula taxativamente la “prescripción” de la potestad de control de la ARCOTEL, sobre lo cual dispone que:

**“La potestad administrativa para imponer las sanciones previstas en esta Ley prescribirá en un plazo de cinco años, contados desde el cometimiento de la infracción, o en su caso, desde el día en el que la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones haya tenido conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción por cualquier medio. La ejecución de las sanciones administrativas impuestas, de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley, prescribirá a los cinco años contados desde el momento en que hayan quedado en firme.”** (lo resaltado y subrayado me pertenece)

Del texto de esta disposición de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se desprende que en aplicación del orden jerárquico de las normas, en caso de conflicto entre el Instructivo y la Ley Orgánica como es el presente caso, las autoridades administrativas y servidores públicos tenemos la obligación de resolver mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior, de acuerdo al mandato constitucional dispuesto en el artículo 425 de la Carta Fundamental. Todo lo anterior evidencia que el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, incurre en un error y contradicción al afirmar que esta: “circunstancia que aparejada al principio de legalidad y verdad procesal nos permite concluir de manera cierta, clara y fidedigna la **extemporaneidad con la que actuó la Dirección Técnica**, la omisión expresa de la Dirección Jurídica al obviar la ausencia de competencia en razón del tiempo y finalmente la ilegalidad manifiesta que contiene el acto de apertura por usted dispuesto al intentar convalidar vicios que afectan al procedimiento”; lo cual deja establecido que en la sustanciación del procedimiento administrativo sancionador, esta Agencia ha observado las garantías básicas del debido proceso consagradas en la Constitución de la República, que 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; razón por la cual, no aplica la pretensión desde que el acto de apertura deba ser archivado o declarado NULO por una supuesta inobservancia del Instructivo interno en una etapa anterior a la sustanciación, esto es, en la etapa pre-procedimental. En tal virtud, se rechazan por carecer de fundamento jurídico los alegatos y argumentos presentados respecto a la 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.

*Por otro lado la empresa se refiere a los principios rectores del procedimiento administrativo que la empresa operadora los trae como fuente de derecho reconocido por el ordenamiento jurídico nacional y al respecto se debe decir que efectivamente la empresa se refiere a algunos principios del derecho administrativo y otros son mal traídos como son:*

*El principio a la seguridad jurídica no existe, ya que la seguridad jurídica de acuerdo al artículo 82 de la Constitución de la República es un derecho y los principios de aplicación de los derechos están determinados en el artículo 11, de la norma suprema referida.*

*El principio de buena fe, es un principio general del derecho pero no corresponde al derecho administrativo por cuanto la competencia del órgano, así como sus atribuciones, nacen de la ley y no de la buena fe de las personas, la buena fe se presume en las relaciones de los particulares pero no en las instituciones públicas en donde prima el criterio legal y defensa de los derechos. La buena fe no significa utilizar argumentos que se alejan de la lealtad procesal dentro del procedimiento administrativo como ya se ha demostrado en el análisis que se ha realizado de las páginas 13 y 14 del primer escrito de comparecencia.*

*Aquí se puede abundar un poco más cuando mediante providencia la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL de 30 de mayo del 2017, se había convocado a una audiencia para formular alegatos de manera verbal en fecha martes seis de junio del 2017 a las 15H00, la misma que fue pedida por CONECEL S.A., sin embargo, pese a estar debidamente notificado con la misma, no asistieron a la audiencia fijada lo que debe ser considerado como un indicio que riñe con el principio de buena fe por parte de la empresa operadora.*

**b. PRONUNCIAMIENTO EXPRESO RESPECTO DE LA EXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRESUNTO INFRACCTOR:**

*Considerando los conceptos fijados, el análisis técnico a la contestación dada por la empresa CONECEL S.A. y todas las constancias existentes en el procedimiento, para emitir la resolución que corresponda en resumen se debe considerar:*

*La motivación contiene tres elementos básicos o mínimos que se lo resumen en lo siguiente:*

- *Antecedentes de hecho*
- *Relación con el derecho*
- *Consecuencias jurídicas*

*Los dos primeros elementos, esto es los antecedentes del hecho y relación con el derecho ya han sido analizados en los ordinales precedentes, por lo tanto y para determinar y asumir un juicio de valor y emitir una resolución, se debe analizar la conducta de la operadora CONECEL S.A. - ECUADORTELECOM S.A., estableciendo las consecuencias jurídicas que tiene la conducta y para ello se debe analizar dos aspectos fundamentales.*

- *La existencia de la infracción.*
- *La responsabilidad de la empresa operadora en haber ejercido esa conducta contraria a la ley.*

En primer lugar la existencia de la conducta, que se pudo verificar en las facturas que se ha presentado por parte de la empresa operadora correspondiente al año 2016 y que fueron analizadas por la Dirección de Servicios de Telecomunicaciones. Se debe considerar que la muestra de facturas analizadas fueron remitidas por la empresa CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL – ECUADORTELECOM S.A., información que a través del SAAD es cargada por la operadora.

La empresa CONECEL S.A. - ECUADORTELECOM S.A., en su escrito de contestación al acto de apertura ha aceptado que cobra ese valor aunque considera que esta mal llamado GASTOS ADMINISTRATIVOS, sino que son SERVICIOS SUPLEMENTARIOS, y que son lícitos; sin embargo, lo que está en discusión es que cobró un rubro denominado GASTOS ADMINISTRATIVOS, que se encuentran incorporados sin ser solicitados o contratados por los usuarios o abonados, lo que nos permite determinar en el análisis la existencia de la infracción y la responsabilidad de la operadora CONECEL S.A. en el cometimiento de la misma.

Una vez probada la infracción y reconocida la misma por CONECEL S.A. - ECUADORTELECOM S.A., relevan a la ARCOTEL de cualquier circunstancia probatoria al respecto; sin embargo, para motivar adecuadamente la presente resolución, se han realizado el análisis de conceptos y se ha determinado que a pesar de que el prestador del servicio sea un particular, el servicio es público, concesionado por el Estado quien tiene la potestad de Regulación y Control, por el tanto se deben someter al derecho público y a la regulación que sobre el efecto se dicte.

En los análisis técnico y jurídico de los argumentos, alegatos y pruebas presentados por CONECEL S.A. – ECUADORTELECOM S.A., se determina que no se ha desvirtuado la existencia del presupuesto de hecho que fuera señalado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2017-0005, emitido para la determinación de la presunta infracción; y además, considerando que se ha materializado el derecho a la defensa por parte del administrado y al haberse rebatido los argumentos y alegatos de carácter técnico y jurídico esgrimidos por el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL (ECUADORTELECOM S.A.); se establece como consecuencia jurídica la existencia del hecho infractor y la responsabilidad de la expedientada, CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL – ECUADORTELECOM S.A., al realizar cobros que no cuentan con la aceptación expresa del usuario y además no se encuentran estipulados ni pactados en los contratos de adhesión suscritos entre la operadora y sus abonados o clientes, bajo la denominación "Gastos Administrativos"; configurándose la comisión de la infracción establecida en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: "**Artículo 118.-Infracciones de Segunda Clase.-** (...) b. Son infracciones de segunda clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: (...) **5. Cobrar por servicios no contratados o no prestados.**" (Lo resaltado me pertenece).

Concluyendo, de lo actuado en el presente procedimiento administrativo sancionador, se establece la existencia de la verdad material del hecho infractor imputado al CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL – ECUADORTELECOM S.A., así como su responsabilidad, en lo señalado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZO2-2017-0005.

**c. ANÁLISIS DE ATENUANTES Y AGRAVANTES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN:**

*En lo relativo a los atenuantes y agravantes, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, señala:*

**“Artículo 130.- Atenuantes.**

*Para los fines de 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 las Telecomunicaciones.*
- 3. Haber subsanado íntegramente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción.*
- 4. Haber reparado íntegramente 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 que considere aplicable, y previa valoración de la afección 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 a infracciones de tercera y cuarta clase.”*

*Con relación a la circunstancia **atenuante 1**, 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 desprende que el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL – ECUADORTELECOM S.A., no ha sido sancionado por la misma infracción, con identidad de causa y efecto en los nueve meses anteriores a la apertura del procedimiento sancionador.*

*En cuanto a la **atenuante 2**, esta tiene dos aspectos:*

- ✓ Haber admitido la infracción.*
- ✓ Presentar un plan de subsanación que debe ser autorizado por ARCOTEL*

*Ninguno de estos dos aspectos ha sido invocado por la empresa operadora CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL – ECUADORTELECOM S.A., dentro de la sustanciación del presente procedimiento administrativo sancionador y de lo actuado en el expediente, NO ha admitido la comisión de la infracción, por lo que la condición SINE QUA NON, no ha sido cumplida.*

*Respecto a la **atenuante 3**, el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL– ECUADORTELECOM S.A., no ha*

presentado ninguna evidencia que demuestre haber subsanado integralmente la infracción de forma voluntaria antes de la imposición de la sanción.

En relación a la circunstancia **atenuante 4**, al no existir daño técnico, no aplica la cuarta atenuante, conforme lo establece la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, desarrollada por su Reglamento General.

Es decir, el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL- ECUADORTELECOM S.A., obra en el presente procedimiento administrativo sancionador, **UNA SOLA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE** a su favor, a considerar en la graduación de la sanción que corresponda.

**“Artículo 131.- Agravantes.-**

Dentro de la sustanciación del presente procedimiento administrativo sancionador, se ha podido establecer algunas condiciones que vinculan al CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL, con más de una de 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.”

En el presente procedimiento administrativo sancionador, se pueden establecer **DOS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES**; la primera es la establecida como número 2 del artículo 131; esto es, la obtención de beneficios económicos, fruto de la comisión de la infracción; y la segunda agravante configurada es la determinada en el número tres, referente al carácter continuado de la conducta infractora, ya que de lo actuado en el presente procedimiento, se demuestra que en todos los meses evaluados el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL (ECUADORTELECOM S.A.), (enero a junio de 2016), ha cobrado por concepto de Gastos Administrativos, el valor de USD\$0,65, de manera continuada (la conducta infractora, esto es el cobro de USD\$0,65, por factura emitida a los clientes del plan comercial y plan residencial, se repite durante los seis meses analizados), por lo que se considera que **EXISTEN DOS** de los tres agravantes establecidos en el artículo 131 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

**d. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN:**

Sobre la sanción económica que corresponde aplicar, esta se regula sobre la base de la existencia de los atenuantes y agravantes previstos en los artículos 130 y 131 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones desarrollados anteriormente.

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 del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL (ECUADORTELECOM S.A), correspondientes a la declaración de Impuesto a la Renta del ejercicio económico 2016, con relación al Servicio de Telefonía Fija que presta, monto respecto de lo cual la Coordinación Técnica de Títulos Habilitantes, a través de memorando No. ARCOTEL-CTHB-2017-0659-M, de

22 de junio de 2017, señala que "... La Dirección Técnica de Gestión Económica de Títulos Habilitantes, cuenta con el Formulario de Homologación de Ingresos, Costos, Gastos por tipo de Servicios de Telecomunicaciones y Radiodifusión, correspondiente al año 2016, del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES (ECUADORTELECOM S.A.), en el cual consta el rubro de USD\$12'400.015,89 (DOCE MILLONES CUATROCIENTOS QUINCE MIL CON 89/100), por ingresos totales de Servicio de Telefonía Fija. (...)"

En tal virtud, conforme lo prevé el mencionado Artículo 121 de la referida Ley, para las **infracciones de SEGUNDA CLASE**, establece una multa de entre el 0,031% y el 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 se comprueban dos de las agravantes que indica el artículo 131 *ibídem*, se obtiene que el valor de multa asciende a SIETE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE DÓLARES AMERICANOS, CON 51/100 (USD\$7.269,51).

#### e. **RECOMENDACIÓN:**

Siendo el momento procesal oportuno, dentro del procedimiento administrativo sancionador iniciado con la expedición del Acto de Apertura No. ARCOTEL-CZO2-2017-0005 emitido el 24 de abril de 2017, se recomienda a la Autoridad Administrativa emitir la resolución imponiendo la sanción económica arriba enunciada. (...)"

Con base en las anteriores consideraciones y análisis que precede, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales.

#### **RESUELVE:**

**Artículo 1.- ACOGER** el Informe Técnico No. IT-CZO2-AA-2017-0007 de 20 de junio de 2017 e Informe Jurídico Nro. ARCOTEL-JCZO2-R-2017-0009 de 14 de julio de 2017, emitidos por las áreas técnica y jurídica de la Dirección Técnica Zonal de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL.

**Artículo 2.- DECLARAR** que el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL (ECUADORTELECOM S.A.), con RUC 1791251237001, es responsable de haber realizado cobros indebidos de valores por concepto de "Gastos Administrativos", en las facturas de sus usuarios, abonados o clientes del servicio de telefonía fija, en el período comprendido entre los meses de enero a junio de 2016, sin contar **con la aceptación expresa del usuario, ni encontrarse estipulados ni pactados en los contratos de adhesión suscritos entre la operadora y sus abonados o clientes**; hecho que configura la comisión de la infracción de segunda clase establecida en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en el Artículo 118, letra b., número 5. "Son infracciones de segunda clase aplicables a los 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 me pertenece).

**Artículo 3.- IMPONER** al CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL (ECUADORTELECOM S.A.), con RUC 1791251237001, de acuerdo a lo previsto en los artículos 121 y 122 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la sanción económica de SIETE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON 51/100 (USD\$7.269,51), cuyo pago deberá ser gestionado en la Unidad de Apoyo en Territorio de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, situada en la Avenida Río Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarroel, de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, en el término de 30 días, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución, caso contrario, se iniciará el cobro mediante la vía coactiva. Si por cualquier motivo no procede a realizar dicho pago dentro del plazo señalado, la liquidación de intereses se calculará desde el vencimiento del mismo.

**Artículo 4.- ORDENAR** al CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL (ECUADORTELECOM S.A.), conforme lo prescribe el último inciso del artículo 132 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: "...la reparación de los daños y perjuicios a terceros, **tales como la devolución de valores indebidamente cobrados con sus respectivos intereses...**", la devolución de los USD\$0,65 (sesenta y cinco centavos de dólar de los Estados Unidos de América) cobrados de manera indebida bajo el concepto "Gastos Administrativos", a sus usuarios, abonados o clientes del plan comercial y residencial del servicio de telefonía fija desde el mes de enero hasta el mes de junio de 2016, inclusive; valor al que se deberá agregar los intereses devengados por el valor a pagar, calculados con la tasa de interés legal, fijada por el Banco Central del Ecuador, a la fecha en que se efectuó el cobro indebido.

Dichos valores deberán ser devueltos a todos los usuarios, abonados o clientes del servicio de telefonía fija perjudicados, dentro del término de 60 (sesenta) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución.

En el procedimiento que el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL (ECUADORTELECOM S.A.) establezca para la devolución deberá considerar al menos los siguientes criterios:

1. Si el usuario, abonado o cliente perjudicado, a la fecha de la devolución cuenta con el Servicio de Telefonía Fija que brinda el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL (ECUADORTELECOM S.A.): se emitirá una nota de crédito por el valor a devolver, misma que deberá reflejarse en la siguiente factura.
2. Si el usuario, abonado o cliente perjudicado, ya no dispone del Servicio de Telefonía Fija con el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL (ECUADORTELECOM S.A.): los valores serán devueltos en dinero en efectivo a través de los Centros de Atención al Usuario de CONECEL S.A. (ECUADORTELECOM S.A.) a nivel nacional; salvo aceptación expresa, la devolución de los valores se realizará a través de algún mecanismo que permita acreditar dicho valor a otra u otras líneas de la misma operadora.

En caso de existir usuarios, abonados o clientes perjudicados a quienes no sea aplicable ninguno de los criterios anteriores, el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL (ECUADORTELECOM S.A.) propondrá a



la ARCOTEL para su aprobación, criterios adicionales para la devolución, en el término de veinte (20) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución; en caso de que los criterios adicionales propuestos no sean aprobados en el término de cinco (5) días hábiles, se estará a lo que disponga la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

**Artículo 5.- DISPONER** al CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL (ECUADORTELECOM S.A.), que en el término de hasta treinta (30) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución, publique a su costo, en su página web y en uno de los diarios de mayor circulación nacional; la parte resolutive del presente acto administrativo y un comunicado informando a los usuarios, abonados o clientes que fueron perjudicados, que en cumplimiento a la presente Resolución, va a proceder con la devolución de los valores indebidamente cobrados en los meses de enero a junio de 2016, por concepto de "Gastos Administrativos", y su forma de devolución.

**Artículo 6.- DISPONER** al CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL (ECUADORTELECOM S.A.), que en el término de cinco (5) días hábiles, contados a partir del vencimiento del término otorgado en el artículo 4 *UT SUPRA*, remita a esta Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones la evidencia documental o digital, del cumplimiento de la presente Resolución.

**Artículo 7.- DISPONER** al CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL (ECUADORTELECOM S.A.), que en la prestación del Servicio de Telefonía Fija, cumpla con lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones así como en la normativa aplicable a la que se encuentra obligado, con el objeto de garantizar el servicio público que presta en representación del Estado Ecuatoriano y se abstenga de cobrar valores por servicios no contratados por sus usuarios, abonados o clientes.

**Artículo 8.- INFORMAR** al CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL (ECUADORTELECOM 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 el señor Director Ejecutivo 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.

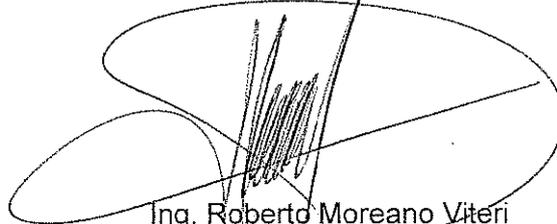
**Artículo 9.- NOTIFICAR** al CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL (ECUADORTELECOM S.A.), con la presente resolución, en su domicilio ubicado en la Av. Amazonas No. 44-105 y Río Coca, edificio Eteco, tercer piso, del Distrito Metropolitano de Quito; así como a la Coordinación Técnica de Control, a la Dirección Técnica Zonal 2 y a la Unidad de Apoyo en Territorio de la Coordinación Zonal 2, y a la Unidad de Gestión Documental y

Resolución No. ARCOTEL-CZO2-2017-009

Archivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, a fin de que pongan en conocimiento de quien corresponda.

Notifíquese y cúmplase.-

Dada y firmada en el Distrito Metropolitano de Quito, a 19 de julio de 2017.



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



