

RESOLUCION No. ARCOTEL-2016-CZ2-043
ORGANISMO DESCONCENTRADO: COORDINACIÓN ZONAL No. 2 DE LA
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS
TELECOMUNICACIONES - ARCOTEL

ING. MIGUEL ÁNGEL JÁTIVA ESPINOSA
COORDINADOR ZONAL No. 2

CONSIDERANDO:

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE FORMA:

1.1. TITULO HABILITANTE

El veinte y seis de agosto del año dos mil ocho, se celebró el Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Móvil Avanzado, del Servicio Telefónico de Larga Distancia Internacional, los que podrán prestarse a través de Terminales de Telecomunicaciones de Uso Público y Concesión de las Bandas de Frecuencias Esenciales celebrado entre: la ex Secretaria Nacional de Telecomunicaciones y la compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A.

1.2. ANTECEDENTES

Mediante Memorando Nro. ARCOTEL-DCS-2015-0408-M, de 24 de julio de 2015, la Directora de Control de Servicios de las Telecomunicaciones de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, adjunta el Informe de Control Tarifario del Servicio Móvil Avanzado ICT-DCS-C-2015-046, de 21 de julio de 2015; poniendo en conocimiento que se realizó el análisis del reclamo de la usuaria Jeny Paulina Benalcázar Vergara, a quien se le suspendió la promoción 2x1, reclamo ingresado en la Dirección de Atención al Usuario de la ARCOTEL.

1.3. FUNDAMENTO DE HECHO

El Informe de Control Tarifario del Servicio Móvil Avanzado ICT-DCS-C-2015-046, de 21 de julio de 2015, elaborado por la Dirección de Control de Servicios de Telecomunicaciones, manifiesta:

- *Mediante correo del 13 de julio de 2015, la Dirección de Atención al Usuario remitió el reclamo de la usuaria Jeny Paulina Benalcazar Vergara, con Cl. 1716321078 y número de contacto 0992777263, a quien se le suspendió la promoción 2x1, que de acuerdo al mensaje de CLARO se informa que la promoción es del 27 de junio de 2015 hasta el 31 de Julio de 2016.*
- *CONECEL S.A. notificó con oficio No. GR-1185-2015- de 8 de julio de 2015, ingresado a esta Agencia con Documento No. ARCOTEL-2015-006983 de 9 de julio de 2015, que la promoción "2x1" ya no estará vigente y disponible para contratación de los usuarios, desde el 11 de julio de 2015.*

- Sin embargo, esta Dirección de Control verificó que el 31 de julio de 2015, seguía publicada la promoción "RECARGAS 2x1", indicando que la vigencia de la misma, es desde el 27 de junio al 31 de julio de 2015.

1.4. ACTO DE APERTURA

Con fecha 08 de enero de 2016, se emitió el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZ2-004, acto con el que se le notificó al CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A. el 12 de enero de 2016, de conformidad como lo establece el Memorando Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0040-M, de 14 de enero de 2016, suscrito por el Ingeniero Gonzalo Patricio Granda Sotomayor.

2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

2.1. AUTORIDAD Y COMPETENCIA

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

"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."

"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

El artículo 116, incisos primero y segundo, establecen: "**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."

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

El artículo 142, dispone: "**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."

El artículo 144, determina: "**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."

Disposiciones Finales de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Primera.- Se suprime la Superintendencia de Telecomunicaciones, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) y la Secretaria Nacional de Telecomunicaciones. Las partidas presupuestarias, los bienes muebles e inmueble, activos y pasivos, así como los derechos y obligaciones derivados de contrato, convenios e instrumentos nacionales e internacionales correspondientes a dichas entidades, pasan a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Cuarta.- La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ejercerá las funciones de regulación, control y administración atribuidas al Consejo Nacional de Telecomunicaciones, Superintendencia de Telecomunicaciones y Secretaria Nacional de Telecomunicaciones en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, su Reglamento General y demás normativa."

Disposiciones transitorias de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones

“Sexta.- El directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, con el propósito de mantener la continuidad de las actividades de Regulación, administración, gestión y control aprobará una estructura temporal de la Agencia, bajo las denominaciones que correspondan a la nueva institucionalidad...”.

REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

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

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

Resoluciones de ARCOTEL

Mediante Resolución No.001-01-ARCOTEL-2015, de 4 de marzo de 2015, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en cumplimiento de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, resolvió:

“Artículo 2.- Aprobar la estructura temporal de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, presentada con el informe técnico señalado en el artículo precedente, conforme consta del Anexo 1 de la presente resolución.

Artículo 3.- Autorizar a la Dirección Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones para que, con sujeción a la estructura temporal aprobada en el artículo 2 de la presente Resolución, defina el ámbito de competencias y atribuciones y realice las acciones que sean necesarias para el cabal funcionamiento de las Coordinaciones Nacionales, Técnicas y Generales, así como de las Direcciones y Unidades, según corresponda (...).”.

El numeral 8 **“CONCLUSIONES”** del Informe Técnico para la aprobación de la Estructura Organizacional Temporal de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, de la Resolución *Ibidem* señalada:

“La estructura temporal de la ARCOTEL permitirá a la institución”

a) Garantizar la prestación de servicios y la entrega de los productos que proveían a sus usuarios la EX SENATEL, el EX CONATEL y la EX SUPERTEL, durante el tiempo previsto para la transición en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”

Mediante Resolución 002-01-ARCOTEL-2015 de 04 de marzo de 2015, el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL, en el artículo 1 resuelve: *"Designar a la Ingeniera Ana Vanessa Proaño De la Torre como Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, quien ejercerá las competencias y atribuciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás normas pertinentes."*

En base al artículo 3 de la Resolución No. 001-01-ARCOTEL-2015, emitida por el Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, se delega a la Directora Ejecutiva para que en base a la estructura temporal aprobada defina las competencias y atribuciones para los diferentes órganos desconcentrados, por lo que la Ing. Ana Proaño de la Torre emite la Resolución ARCOTEL-2015-0132, publicada en el Registro Oficial N° 541, del sábado 11 de julio de 2015, en cuyo artículo 5 dispone:

"ARTÍCULO 5. DE LAS UNIDADES DESCONCENTRADAS.

La gestión desconcentrada de la ARCOTEL, estará a cargo de las unidades desconcentradas, que estarán conformadas por Coordinaciones Zonales y Oficinas Técnicas, y tendrán las siguientes atribuciones:

5.1 COORDINACIÓN ZONAL

El Coordinador Zonal, tendrá las siguientes atribuciones:

5.1.6. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES.

5.1.6.2 Sustanciar y resolver, lo que en derecho corresponda, respecto a los procedimientos administrativos sancionadores, correspondientes al cometimiento de infracciones tipificadas en los Artículos 117, 118, 119, y 120 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones."

Por otro lado es necesario manifestar que la estructura temporal de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, aprobada por el Directorio mediante Resolución Mo. 001-01-ARCOTEL-2015, reconoce la división de responsabilidades y da a la unidad desconcentrada la denominación de Intendencia Regional Norte y para efectos de aplicación de la Resolución Nro. ARCOTEL-2015-00132, la Disposición General Primera, determina que se tomen como equivalentes los términos *"Intendencia Regional Norte"* con *"Coordinación Zonal 2"*.

Consecuentemente, esta Autoridad tiene competencia para sustanciar y resolver lo que en derecho corresponda sobre los procedimientos administrativos sancionadores.

2.2. PROCEDIMIENTO

En la tramitación de la causa y con el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZ2-004, se ha procedido a notificar al CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A. quien ha comparecido para presentar sus alegatos y descargos; conforme al artículo 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en acatamiento y observancia de las cauciones básicas y reglas del debido proceso, en el ámbito

administrativo, conforme lo prescriben las letras a), b) y h), número 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con lo determinado en el citado artículo 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

2.3. IDENTIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y SANCIÓN

LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

“Art. 22.- Derechos de los abonados, clientes y usuarios... 5. A obtener información precisa, gratuita y no engañosa sobre las características de los servicios y sus tarifas...”

Art. 24.- Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones... 4. Respetar los derechos de los usuarios establecidos en esta Ley y en el ordenamiento jurídico vigente... 27. Proporcionar información precisa, gratuita y no engañosa sobre las características de los servicios y sus tarifas...”

Art. 64.- Reglas aplicables... 6. Los prestadores de servicios publicarán en su página web sus planes, promociones, tarifas y precios en los formatos y condiciones que permitan a los abonados y usuarios disponer de información completa, comparable y oportuna. De igual manera, los prestadores de servicios deberán proporcionar la información de sus planes, promociones, tarifas y precios en los formatos y condiciones que se determine en las regulaciones correspondientes”.

Art. 117.- Infracciones de primera clase, Son infracciones de primera clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley las siguientes: b)

16.- “Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y las obligaciones incorporadas en los títulos habilitantes que no se encuentren señaladas como infracciones en dichos instrumentos”.

Con respecto al monto de referencia los artículos 121 No. 1 y 122, en su parte pertinente de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, disponen:

Las sanciones para las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, televisión y audio y video por suscripción, se aplicará de la siguiente manera:

“Infracciones de primera clase.- La multa será de entre el 0,001% y el 0,03% del monto de referencia”. (...)

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

3. ANÁLISIS DE FONDO:

3.1. CONTESTACIÓN AL ACTO DE APERTURA.

En la tramitación de la causa y con el Acto de Apertura al Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZ2-004, se ha notificado al Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., que ha comparecido mediante comunicación GR-0118-2016, de 2 de febrero de 2016, ingresada a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, con documento No. ARCOTEL-DGDA-2016-001825-E, de fecha 2 de febrero de 2016; expresando en lo principal lo siguiente:

"CONECEL notificó con oficio No GR-1185-2015 de 8 de julio de 2015 (...) que la promoción 2x1 ya no estará vigente y disponible para contratación de los usuarios desde el 11 de julio de 2015". De dicho documento es imprescindible destacar:

"Es de precisar que aquellos clientes que hayan contratado la promoción hasta el 10-07-2016 seguirán recibiendo el beneficio promocional contratado hasta la finalización del mismo" (el subrayado nos pertenece)

• Concluye preliminarmente la Dirección de Control:

"Esta dirección de Control verificó que el 13 de Julio de 2015, seguía publicada la promoción RECARGAS 2X1, indicando que la vigencia de la misma, es desde el 27 de junio al 31 de julio de 2016" (el resaltado me corresponde) (...)

3 INCOMPETENCIA EN RAZÓN DE LA MATERIA

La única Autoridad competente para aplicar y velar por los derechos de los consumidores son los jueces de contravenciones de la Función Judicial conforme a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (LODC) que señala en su Artículo 1 que el objeto de la "ley es 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". Se desprende que el objeto de la LODC es la protección y defensa de todos los consumidores en las multidisciplinarias relaciones comerciales que existan dentro del territorio nacional por lo cual interpretar que ARCOTEL es la Autoridad en materia de consumidor cuando este asociado a un concepto de telecomunicaciones por el hecho de ser el regulador del mercado hacia los operadores y actores de éste, es una clara auto atribución de potestades inexistentes en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, único texto legal orgánico que por redacción del órgano natural legislativo pudo asignar o limitar competencia en la materia.

En el supuesto no admitido de que vuestro despacho procure instruir un procedimiento administrativo referente a publicidad engañosa que afecte al consumidor, reiteramos solo es competente la defensoría del pueblo y el juez de contravenciones de conformidad con los Artículos 84 y 86 de la LODC, criterio que ha sido admitido por la Superintendencia de Regulación y Control del poder de mercado, aun cuando la ley que les regula contempla el Artículo 27.

Por otro lado, la ex - Corte Suprema de Justicia ha resuelto sobre "la Incompetencia en razón de materia, que ella constituye una causal de nulidad absoluta por omisión de una solemnidad sustancial determinada en la ley, la misma que debe ser declarada por Jueces y tribunales así las partes no la hubieran alegado", ello de conformidad con el Artículo 346 numeral 2 y Artículo 349

del Código de Procedimiento Civil; Es por esto que las actuaciones administrativas que carecen de competencia tienen un vicio de nulidad insubsanable por razones de legitimidad.

En consonancia con lo expuesto, la ausencia de competencia en razón de la materia es nulidad absoluta de todo procedimiento administrativo por vicio irremediable e irreparable: es decir, que la incompetencia a primera vista sin necesidad de realizar mayores interpretaciones o conjeturas jurídicas porque constituye un vicio de orden público, es sancionada con nulidad absoluta. En este sentido, el catedrático García de Enterría ha indicado que **"existe un supuesto de nulidad de pleno derecho por Incompetencia en razón de la materia cuando los actos de la administración han Invadido el campo constitucionalmente reservado a otros órganos o esferas del Estado"**, como ocurre en el presente Expediente ARCOTEL-2016-CZ2-0004.

Cabe citar en esta ocasión a la jurisprudencia de la Primera Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex - Corte Suprema de Justicia de 25 de julio de 2002, que concuerda con la posición indicada al señalar que, **"Al respecto bien vale señalar que todos los actos administrativos tienen como único origen la ley, pues conforme al principio, elevado en nuestro derecho positivo al rango de constitucional, las Instituciones del Estado. Sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la constitución y en la ley, por lo que en consecuencia cualquier acto realizado fuera de la ley es un acto arbitrario y en consecuencia de nulidad absoluta. Siendo la ley el único origen de los actos administrativos, los autores están de acuerdo en que por más que existieran elementos discrecionales en cualquier acto, siempre en él se ha de encontrar por lo menos cuatro elementos reglados, los cuales son: (...) la existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta, como ya sabemos), la competencia para actuarlas, que se referirá a un ente y -dentro de este- a un órgano determinado y no a cualquiera, y, por último el fin, porque todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica (...)"**.

Finalmente, no puede atribuirse competencia material ARCOTEL para conocer, tramitar y resolver el Expediente ARCOTEL-2016-CZ2-0004; al ser la competencia en razón de la materia una solemnidad sustancial y de riguroso interés para los jueces de lo contencioso administrativo.

Cabe indicar que las normas de interpretación de las leyes dentro de nuestro ordenamiento jurídico indican que las normas deben ser consideradas de manera integral y genuina. El Artículo 18 del Código Civil en los literales 4a y 5a determina que se debe contemplar el contexto de toda la ley para ilustrar el sentido de cada una de sus partes y que lo favorable u odioso de una norma no puede ser utilizado para ampliar su interpretación (el resaltado nos pertenece). En este sentido, **las normas de interpretación legal buscan una interpretación integral en consideración a la totalidad de la norma de forma conjunta sin ampliar la interpretación en beneficio de una de las partes**. Por ello, la normativa ecuatoriana de defensa del consumidor, destaca que el bien jurídico a titular son **las relaciones entre proveedores y consumidores** no pudiendo establecerse un mecanismo de defensa de los consumidores ajeno a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su autoridad competente.

Por lo expuesto de modo preliminar, requerimos respetuosamente vuestro despacho, absuelva a priori este incidente de fondo previo a conocer y resolver el fondo.

4 OBLIGACIONES DE UN CONSUMIDOR - ABONADO O USUARIO

Se desprende de los informes Técnicos, la existencia de la usuaria Paulina Benalcázar Vergara, con CI. 1716321078, a quien según un criterio técnico se le suspendió la promoción 2x1. Igualmente señala la Dirección Técnica "que de acuerdo al mensaje de CLARO se informa que la promoción es del 27-6-15 hasta el 31-6-2015 adjuntándose foto y grabación al respecto." Mensaje continuo al de fecha 08 de julio de 2015 el cual es generado de forma automática cuando el cliente realiza una recarga y que llega al cliente según nuestra congestión en plataforma; tal mensaje contenía la fecha de vigencia de Promoción 2x1 hasta la fecha en el que el cliente realizó la recarga, este mensaje automático con la condición antes señalada se envió a nuestros usuarios hasta el 10 de julio del 2015.

Señor Coordinador Zonal 2, al respecto la presunta denunciante y servidores públicos arriba indicado, sustentan una querrela administrativa conforme a un mensaje y un audio que no fue ni ha sido debidamente desmaterializado por la denunciante, conforme ordena la Ley de Comercio Electrónico, viciando e invalidando toda conclusión preliminar a la que puedan haber llegado tan distinguidas direcciones técnicas y jurídicas en el presente procedimiento administrativo, hecho que se vuelve aberrante a los ojos de la composición subjetiva de un procedimiento administrativo, por cuanto si bien existen dos partes, estas comparecen en posiciones desiguales, la administración es Juez y parte tal desigualdad se prueba en este proceso mediante la admisión de una prueba que viola los protocolos mínimos de la Ley de Comercio Electrónico vigente.

Al respecto, nuestra representada si bien es cierto que mantuvo el mensaje referente a la Promoción 2x1 en el portal web, **SI INFORMO** por el mismo medio, la información **SUFICIENTE, TRANSPARENTE Y ACTUALIZADA** en cuanto a la terminación anticipada de la promoción 2x1, con el fin de que aquellos usuarios con acceso a internet, pudiesen constatar la terminación anticipada de la promoción, con la anterioridad suficiente para evitar confusiones entre sus usuarios; muestra de ello son las cargas en nuestro portal web del comunicado denominado "Comunicado - Insubsistencia Promoción Recargas 2x1 - sábado 11 de julio al 31 de julio 2015" debidamente suscritas electrónicamente y que constan en la parte referente a nuestras promociones prepago, así como la eliminación del sms en el que constaba la vigencia de promoción hasta el 31 de julio.

En cuanto al "Comunicado - Insubsistencia Promoción Recargas 2x1 - sábado 11 de julio al 31 de julio 2015- descrita en el párrafo anterior, debemos señalar que esta notificación fue indicada a la ARCOTEL en correo electrónico de fecha 14 de Julio de 2015, particular sobre el cual en el Informe Técnico en su página 4 dice que "**esta captura de pantalla no tiene fecha ni hora de captura**", Nos resulta incongruente tal afirmación, por cuanto transgrede los principios del Derecho Administrativo, ya que es la Autoridad llamada a probar este particular y quien tiene que recabar toda la información de sustento para formar la voluntad administrativa.

Así mismo queremos dejar sentado, que en toda la información remitida a nuestra representada, no consta objeto de prueba y medio probatorio alguno por medio de la cual, la respetable usuaria haya demostrado que el presunto engaño o

confusión se generó por intermedio de la página web de CONECEL en fecha 13 de julio de 2015, siendo esto una prerrogativa procesal en toda instancia contradictoria y no amparado por cláusulas pro consumidor.

Finalmente CONECEL respetuoso del ordenamiento jurídico, solicita conforme al principio dispositivo propio de un procedimiento contradictorio, se sirva constatar la actuación de la usuaria, en cuanto a cumplir con las obligaciones legales y reglamentarias expuestas previamente en este capítulo en su calidad de CONSUMIDOR o USUARIO, con aras de gozar de legitimidad activa en este proceso, so pena de carecer de un elemento esencial para ser parte y exista Litis conforme a derecho.

5 DEL COMPORTAMIENTO DE CONECEL S.A. CONFORME AL REGLAMENTO DE ABONADOS EN LA INFORMACIÓN AL CLIENTE - USUARIO

Señor Coordinador Zonal 2, el REGLAMENTO PARA LOS ABONADOS / CLIENTES USUARIOS DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y DE VALOR AGREGADO vigente estipula entre otras obligaciones a CONECEL: (...)

De las disposiciones normativas vinculadas al caso y de lo expuesto en el texto normativo citado, no se dispone, recomienda, ordena o sugiere enviar un comunicado a los usuarios o consumidores con la terminación anticipada de una promoción; razón por la cual se descarta toda tipicidad de omisión u acción culposa o dolosa, como pieza procesal suficiente para atribuir responsabilidad administrativa a una persona natural o jurídica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Ahora bien, si examinamos la actuación de CONECEL frente a la administración pública, en específico la ARCOTEL, producto de la legal y legítima terminación anticipada de la Promoción 2x1 por la cual vuestro despacho incoa una determinación administrativa sancionatoria bajo la presunción juris tantum de omisión, al no haber transmitido información suficiente, veraz, oportuna, precia y gratuita (hecho que ratificamos si se hizo y fue omitido en el informe técnico ICT-DCS-C-2015-046) podemos constatar que nuestra representada actuando de Buena Fe, suficiente, veraz y oportunamente notificó a la máxima Autoridad mediante escrito GA-185-215 del 8 de julio de 2015 su intención de terminar anticipadamente la promoción. Siendo que dicha actuación no está regulada u ordenada en la Ley expongo y demuestro la buena fe de CONECEL, así como también la colaboración oportuna a su institución en aras de alcanzar un mercado transparente.

6. DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO - ARCOTEL

Hoy día la doctrina más calificada considera obvia la existencia de una potestad sancionadora de la administración compatible con otra similar propia de los tribunales de justicia, siendo así ambas manifestaciones, parte de un genérico ius puniendi del Estado.

El problema actual y que hacemos hincapié en la defensa del presente expediente, es lograr de la administración sancionadora conseguir que se ofrezcan las mismas garantías que los jueces y procesos penales, es decir una jurisdiccionalización de los procedimientos y garantías, hecho que exige la delimitación de los límites a dicha potestad punitiva, recuerde señor Coordinador

Zonal 2 que entre las sanciones administrativas y penales existe un notable paralelismo aunque no identidad.

El bien jurídico protegido cumple en el derecho penal una función de criterio hermenéutico para la comprensión de la norma, desde el punto de vista del juez constituye no el valor que ha de proteger sino un elemento del tipo delictivo contenido en una norma que ha de aplicar. Por lo tanto el intentar justificar la apertura del presente expediente en normativa pro consumidor de servicios de telecomunicaciones y la asignación de una clausula general penal abierta destruye las bases jurídicas y republicanas de nuestro ordenamiento jurídico sustantivo y adjetivo.

6.1 DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD

CONECCEL respetuoso del ordenamiento jurídico, reconoce que toda potestad sancionadora está integrada por un haz de facultades básicas tales como:

- a) En virtud del principio de juridicidad las actividades sancionadoras individualizadas deben estar previamente delineadas en una norma, con las delimitaciones que ello genera; señor Coordinador Zonal 2 la presunta omisión de no informar a la usuaria no está tipificada, así como tampoco existe un procedimiento regulatorio en cuanto y como proceder con la terminación anticipada de una promoción.*
- b) Con ocasión del principio de juridicidad y legalidad, la segunda facultad sancionadora consiste cabalmente en la determinación de las infracciones y de los infractores concretos así como en la imposición de sanciones. En el presente expediente la determinación jurídica obedece a una acción oficiosa del Estado (ARCOTEL) aun cuando nuestra representada no ha violado norma alguna con dicha institución; posteriormente fundamenta jurídicamente su pretensión en derechos del consumidor quien no se querrela, tampoco se constata su legitimación activa y finalmente se pretende aplicar una sanción mediante una clausula penal abierta que por haber sido incorporada en la Ley, no deja de ser inconstitucional. Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su reglamento, los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la sociedad de la información y por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y las obligaciones incorporadas en los títulos habilitantes que no se encuentren señaladas como infracciones en dichos instrumentos.*

Ahora bien el ejercicio de esa potestad sancionadora en un procedimiento, implica o exige de la Administración como base a) la constatación de los hechos (que acciones del querellante y del querellado existen como verdad procesal), b) subsunción de la actuación u omisión en un tipo legal de infracción, c) determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción, d) atribución concreta de la competencia administrativa. Con ello queda descartada la posibilidad de la discrecionalidad punitiva, esto conlleva a que para una determinada infracción haya legalmente previsto un elenco de sanciones.

Señor Coordinador Zonal 2. ARCOTEL y sus coordinaciones zonales gozan de potestad administrativa conforme a la LOT en términos generales, sin embargo el

derecho positivo no puede prever todas las circunstancias, por lo tanto, ante la inminencia de carencias de fondo, forma y garantías procesales conculcadas, respetuosamente solicitamos se aplique el principio de oportunidad y Ad impossibilia nemo tenetur (el derecho se detiene ante las puertas de lo imposible).

6.2 DE LA PRESUNCIÓN DE INOBSERVANCIA DE LAS OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN LOS ARTÍCULOS 22 NUMERO 5; 24 NUMERO 27; Y, 64 NUMERO 6 DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES.-

Si bien es cierto, tanto en la LOT como en los reglamentos existe disposiciones normativas referentes a la trasmisión de información en favor de los usuarios, también es cierto la inexistencia de normativa adjetiva referente a cómo deben proceder los operadores económicos que deciden eliminar o terminar anticipadamente una información. / Señor Coordinador Zonal 2 al no existir fórmulas adjetivas de notificación ante el desistimiento de una promoción o información al usuario, no puede existir subsunción en norma, hecho que imposibilita la tipificación de un acto como antijurídico, por lo tanto estamos frente a un hecho que carece de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad por consiguiente.

Aunado a ello, es preciso resaltar la información que consta en el expediente por interposición de la propia autoridad, donde nuestra representada mediante escrito GR-185-2015 notificó referente a la promoción:

"Es de precisar que aquellos clientes que hayan contratado la promoción hasta el 10-07-2016 seguirán recibiendo el beneficio promocional contratado hasta la finalización del mismo".

Es así, como todo usuario que haya ejecutado la promoción 2x1 posterior al 10 de julio de 2015 no podrá contar con el beneficio, sin embargo. CONECEL como excepción comercial procedió a entregar a la usuaria BENALCAZAR VERGARA YENI PAULINA, un nuevo saldo igual a lo que hubiese percibido si ejecutaba la promoción dentro de los términos legales correspondientes.

7. DE LA CALIFICACIÓN DE INFORMACIÓN ENGAÑOSA, NO PRECISA Y OPORTUNA DE LA DIRECCIÓN DE CONTROL DE SERVICIOS.-

A foja 7 del Informe Técnico suscrito por la Ingeniera Gina Gagliardo H., recomienda

"con la finalidad de que se analice jurídicamente, el incumplimiento por parte de CONECEL, de proporcionar a los usuarios información engañosa, no precisa y oportuna de la promoción "Recargas 2x1" (el subrayado nos pertenece).

Señor Coordinador Zonal 2 en el proceso los hechos se demuestran a fin de que pueda determinarse cuál es la solución que plantea el ordenamiento jurídico a las dos partes, sin embargo recomendaciones como las citadas, que son la motivación para aperturar el presente expediente, denotan que la existencia del procedimiento administrativo sancionador en primera instancia existe para verificar cual es el tipo de sanción que corresponde como consecuencia jurídica.

Frente a tal declaración de culpabilidad por parte del informe No ICT-DCS-C-2015-046, requerimos el mismo sea declarado como nulo y no se tenga como prueba en el procedimiento, por violar garantías básicas de todo proceso, ordenadas a

vuestro despacho, así como a las direcciones técnicas por la Constitución de la República en su artículo 76 numerales 1, 2 y siguientes.

8. DE LA SANCIÓN A LA PRESUNTA INFRACCIÓN

CONECEL no reconoce ni acepta el cometimiento de infracción alguna vinculada al presente expediente, sin embargo de ello, la Constitución de la República como norma rectora de toda persona natural o jurídica, pública y privada y de todo proceso jurisdiccional, garantiza: Art 76.- En todo proceso en el que se determinen hechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

5, En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en sentido más favorable a la persona infractora.

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”.

3.2. PRUEBAS

La Constitución de la República, ordena en su artículo 76 número 7. 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 cual es recogido en el artículo 39 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, señala que los medios de prueba de que se podrá hacer uso en este juicio serán los mismos que establece el Código de Procedimiento Civil, excepto la confesión judicial. Estas normas que son observadas en el procedimiento administrativo sancionador. Por tanto, constituyen medios de prueba los instrumentos públicos, instrumentos privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes. Los Informes Técnicos son instrumentos públicos conforme lo previsto en el artículo 165 del Código de Procedimiento Civil.

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

PRUEBAS DE CARGO

Dentro del expediente, como pruebas de cargo de la Administración, se enumeran las siguientes:

1. Informe de Control Tarifario del Servicio Móvil Avanzado ICT-DCS-C-2015-046, de 21 de julio de 2015; en el que se informa, que CONECEL S.A. notificó con oficio No. GR-1185-2015 de 8 de julio de 2015, ingresado a esta Agencia con Documento No. ARCOTEL-2015-006983 de 9 de julio de 2015, que la promoción “2x1” ya no estará vigente y disponible para contratación de los usuarios, desde el 11 de julio de 2015; y, sin embargo, esta Dirección de Control verificó que el 31 de julio de 2015, seguía

publicada la promoción "RECARGAS 2x1", indicando que la vigencia de la misma, es desde el 27 de junio al 31 de julio de 2015.

2. Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo No. ARCOTEL-2016-CZ2-004 de 8 de enero de 2016; y,
3. La razón de Notificación.

PRUEBAS DE DESCARGO

1. Comunicación ingresada con No. ARCOTEL-DGDA-2016-001825, de 2 de febrero de 2016, suscrita por los abogados Luis Fernando Guerra y Patricia Falconí, en la que a nombre del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A. argumentan sus descargos; y,
2. Audiencia de Alegatos, llevada a cabo el día 15 de febrero de 2016, en las instalaciones de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, en la que por parte de CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A. comparece, el abogado Luis Fernando Guerra.

3.3. MOTIVACIÓN

PRIMERO.- ANÁLISIS TÉCNICO SOBRE LOS ARGUMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DEL PRESUNTO INFRACTOR

Con memorando No. ARCOTEL-CZ2-2016-0339-M, de 22 de marzo de 2016, la Unidad Técnica de la Coordinación Zonal 2 de la ARCOTEL, presenta su informe analizando técnicamente la respuesta, que al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2016-CZ2-004, ha presentado CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A.; en lo principal dicho análisis manifiesta:

"A) En la página 8, párrafos dos y tres, dentro de la sección "OBLIGACIONES DE UN CONSUMIDOR - ABONADO O USUARIO", la operadora indica lo siguiente: "Al respecto, nuestra representada si bien es cierto que mantuvo el mensaje referente a la Promoción 2x1 en el portal web, SI INFORMÓ por el mismo medio, la información SUFICIENTE, TRANSPARENTE Y ACTUALIZADA en cuanto a la terminación anticipada de la promoción 2x1, con el fin de que aquellos usuarios con acceso a internet, pudiesen constatar la terminación anticipada de la promoción, con la anterioridad suficiente para evitar confusiones entre sus usuarios; muestra de ello son las cargas en nuestro portal web del comunicado denominado "Comunicado -Insubsistencia Promoción Recargas 2x1 - sábado 11 de julio al 31 de julio 2015" debidamente suscritas electrónicamente y que constan en la parte referente a nuestras promociones prepago, así como la eliminación del sms en el que constaba la vigencia de promoción hasta el 31 de julio.

En cuanto al "Comunicado - Insubsistencia Promoción Recargas 2x1 - sábado 11 de julio al 31 de julio 2015" descrita en el párrafo anterior, debemos señalar que esta notificación fue indicada a la ARCOTEL en correo electrónico de fecha 14 de julio de 2015, particular sobre el cual en el Informe

Técnico en su página 4 dice que "esta captura de pantalla no tiene fecha ni hora de captura". Nos resulta incongruente tal afirmación, por cuanto transgrede los principios del Derecho Administrativo, ya que es la Autoridad llamada a probar este particular y quien tiene que recabar toda la información de sustento para formar la voluntad administrativa."

Efectivamente el 9 de julio de 2015 el comunicado es recibido con Documento No.ARCOTEL-2015-006983 de 9 de julio de 2015, donde se indica que la promoción "2x1" ya no estará vigente y disponible para contratación de los usuarios, desde el 11 de julio de 2015. No obstante, de acuerdo a la verificación realizada por esta Agencia, en el portal web de la operadora, el 13 de julio de 2015, estaba publicada la promoción vigente. A dicha fecha no era posible constatar la terminación anticipada de la promoción con base en dicha información.

La operadora, el 14 de julio de 2015 mediante correo electrónico, remite una captura de pantalla de la página web, en donde se indicaría que el producto está insubsistente. Sin embargo, no se indica la dirección o página web a la que corresponda dicha captura de pantalla a efectos de su validación; no consta fecha ni hora de la captura que evidencie cuándo se realizó dicho comunicado para información de los usuarios.

B) En la página 10 se indica:

"De las disposiciones normativas vinculadas al caso y de lo expuesto en el texto normativo citado, no se dispone, recomienda, ordena o sugiere enviar un comunicado a los usuarios o consumidores con la terminación anticipada de una promoción;(.)"

En la página 12, se menciona:

"Si bien es cierto, tanto en la LOT como en los reglamentos existe disposiciones normativas referentes a la trasmisión de información en favor de los usuarios, también es cierto la inexistencia de normativa adjetiva referente a cómo deben proceder los operadores económicos que deciden eliminar o terminar anticipadamente una información. (...).

Aunado a ello, es preciso resaltar la información que consta en el expediente por interposición de la propia autoridad, donde nuestra representada mediante escrito GR-185-2015 notificó referente a la promoción:

"Es de precisar que aquellos clientes que hayan contratado la promoción hasta el 10-07-2016 seguirán recibiendo el beneficio promocional contratado hasta la finalización del mismo".

Al respecto, efectivamente no se encuentra un procedimiento normativo referente a la comunicación de terminación de una promoción anticipada (...)

Art. 29.8 del Reglamento para Abonados.-

"29.8 Los prestadores de servicios finales deberán mantener permanentemente a disposición de los abonados / clientes - usuarios,

información relativa a: h) Condiciones y restricciones de todas las promociones y ofertas vigentes.”.

Es decir, la operadora debe comunicar oportunamente a sus usuarios las condiciones de una promoción a la que podrían o no acceder, como en el caso objeto del presente procedimiento.

Es necesario recalcar que conforme la verificación realizada por la Agencia, en el portal web de la operadora, el 13 de julio de 2015 constaba la promoción del 2x1 vigente desde el 27 de junio al 30 de julio de 2015, cuando con fecha 9 de julio de 2015 la operadora comunica que la misma no estará vigente desde el 11 de julio de 2015. La actualización de las condiciones en el portal debió realizarse de manera oportuna como información disponible al usuario en las fechas en las cuales se modifican las condiciones.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.-

Con base en el análisis expuesto, el Área Técnica de la Coordinación Zona 2, concluye que CONECEL S.A., no ha desvirtuado técnicamente el hecho señalado, en el ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, ARCOTEL No. 2016-CZ2-0004”.

SEGUNDO.-ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LOS ARGUMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DEL PRESUNTO INFRACTOR

En relación a la contestación de la OPERADORA DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A. mediante documento No. ARCOTEL-DGDA-2015-001825-E, de 2 de febrero de 2016, y de las demás constancias procedimentales, se realiza el siguiente análisis:

El presente procedimiento administrativo sancionador, observa estrictamente las garantías del debido proceso, consagradas en el artículo 76, numeral 7, letra l), de la Constitución de la República que expresa: **“Art. 76.- [Garantías básicas del derecho al debido proceso].-** *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: 7. El derecho a las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”.*

- a. No habiendo asuntos de procedimiento que puedan afectar a la validez de todo lo actuado y por cuanto se han observado las garantías del debido proceso consagrados en la Constitución de la República y las formalidades establecidas en las leyes y reglamentos respectivos, se declara válido todo lo actuado.

- b. Para poder realizar un análisis detenido de los argumentos de la defensa es necesario que se consideren las disposiciones Constitucionales, legales; y, normativas inherentes.
- c. La motivación, conforme lo consagra la Constitución de la República, hace necesario analizar los argumentos de descargo esgrimidos, así como las pruebas solicitadas y actuadas, dentro del presente procedimiento administrativo sancionador:

Constitución de la República.

"El Art. 11, declara: **El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarias 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.**

El numeral 1 del artículo 83, dispone que: "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**".

Según la argumentación obrada en calidad de descargo, por parte del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A. se argumenta **"INCOMPETENCIA EN RAZÓN DE LA MATERIA"; POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO – ARCOTEL; y, EJERCICIO DE LA POTESTAD:** indicando *La única Autoridad competente para aplicar y velar por los derechos de los consumidores son los jueces de contravenciones de la Función Judicial conforme a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (LODC) que señala en su Artículo 1 que el objeto de la "ley es 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". Se desprende que el objeto de la LODC es la protección y defensa de todos los consumidores en las multidisciplinarias relaciones comerciales que existan dentro del territorio nacional por lo cual interpretar que ARCOTEL es la Autoridad en materia de consumidor cuando este asociado a un concepto de telecomunicaciones por el hecho de ser el regulador del mercado hacia los operadores y actores de éste, es una clara auto atribución de potestades inexistentes en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, único texto legal orgánico que por redacción del órgano natural legislativo pudo asignar o limitar competencia en la materia";* al respecto la Constitución de la República, en su artículo 314, consagra: **"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", es decir existe una orden constitucional, respecto de la provisión de servicios públicos, al cual pertenece taxativamente el sector de las telecomunicaciones, estableciendo su control y regulación; esta orden constitucional, se encuentra recogida 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.(...)** 14. **Garantizar que los derechos de las personas, especialmente de aquellas que constituyen grupos de atención prioritaria, sean respetados y satisfechos en el ámbito de la presente Ley**"; finalmente, para dejar en claro el tema de la **COMPETENCIA y EJERCICIO DE LA POTESTAD PUNITIVA**, el Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, prescribe en su artículo 63: "**...Cuando las promociones sean inobservadas, incumplan normas jurídicas y/o afecten derechos de los usuarios, la ARCOTEL impondrá al prestador de servicios la sanción que corresponda, observando el debido proceso y el derecho a la defensa**"; por lo tanto, la competencia en materia de defensa de los derechos de los usuarios de telecomunicaciones, y específicamente el tema de control de las promociones en materia de telecomunicaciones, ejerciendo la potestad punitiva en caso de inobservancia; está claramente atribuida, a la Agencia de Regulación y Control, de las Telecomunicaciones, y a su Organismo desconcentrado, que en este caso es la Coordinación Zonal 2;

- d. Sobre la argumentación relacionada con: "**el Comportamiento de CONECEL S.A., conforme al Reglamento de Abonados en la Información al Cliente – Usuario, indicando que no se dispone, recomienda, ordena o sugiere enviar un comunicado a los usuarios o consumidores con la terminación anticipada de una promoción; razón por la cual se descarta toda tipicidad de omisión u acción culposa o dolosa, como pieza procesal suficiente para atribuir responsabilidad administrativa a una persona natural o jurídica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano; el Reglamento para los Abonados/Clientes-Usuarios de los Servicios de**

Telecomunicaciones y de Valor Agregado, dice: Art. 45.- "Los prestadores del Servicio Móvil Avanzado, deberán cumplir con las siguientes obligaciones generales, a fin de brindar información oportuna y veraz a sus abonados/clientes-usuarios, respecto de los servicios que se prestan, manteniendo el principio de acceso gratuito e ilimitado (Otros mecanismos podrán ser implementados por los prestadores manteniendo el mismo principio). d) **Poner a disposición de los abonados/clientes-usuarios la consulta de las diferentes promociones a las que podrían acceder, particular que debe ser actualizado constantemente por las operadoras del SMA**"; al respecto el Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuerpo normativo, desarrolla, a las PROMOCIONES, de la siguiente manera: "63.- Promociones.- Son incentivos de temporada o corto plazo, que dentro de un tiempo determinado, permiten a los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, incluido radiodifusión por suscripción, conseguir ventajas técnicas, operativas y comerciales para equipos, tarifas o planes tarifarios con bonificaciones, descuentos, entre otros. **En la prestación de servicios de telecomunicaciones y de radiodifusión por suscripción, cuando se apliquen promociones, los operadores tendrán la obligación de informar de forma veraz, clara y oportuna, a los usuarios, respecto del plazo de duración así como las características técnicas, operativas, comerciales, incluidas las restricciones a las que aplican, de ser el caso, y de tarifas que permitan al usuario conocer las ventajas reales que recibiría con el uso de la promoción, previo a su contratación. En caso de duda respecto de los beneficios anteriormente referidos, éstos serán interpretados en el sentido más favorable al usuario...**";

- e. Sobre la INOBSERVANCIA DE OBLIGACIONES, CALIFICACIÓN DE INFORMACIÓN ENGAÑOSA, NO PRECISA Y OPORTUNA, SEÑALANDO: sobre lo cual la Operadora CONECEL S.A. manifiesta que esta coordinación inició una determinación administrativa sancionatoria, porque no se ha transmitido información suficiente, veraz, oportuna. precia aun cuando mediante escrito GR-185-215 del 8 de julio de 2015, se informó la intención de terminar anticipadamente la promoción; fácticamente, se ha demostrado que CONECEL S.A. notificó con oficio No. GR-1185-2015 de 8 de julio de 2015, ingresado a esta Agencia con Documento No. ARCOTEL-2015-006983 de 9 de julio de 2015, que la promoción "2x1" ya no estará vigente y disponible para contratación de los usuarios, desde el 11 de julio de 2015; sin embargo de lo cual la Dirección de Control de Servicios de las Telecomunicaciones de la ARCOTEL, a través de su personal, verificó que el día 31 de julio de 2015, seguía publicada la promoción "RECARGAS 2x1", indicando que la vigencia de la misma, es desde el 27 de junio al 31 de julio de 2015, lo cual evidentemente, demuestra que la información respecto de la promoción 2x1, no es clara, ni es veraz, en cuanto al plazo de duración; lo cual evidentemente, lesiona el derechos de los usuarios, a conseguir la ventaja económica propia de la promoción, sobre lo cual el artículo 63 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se pronuncia indicando taxativamente: "**En caso de duda respecto de los beneficios anteriormente referidos, estos serán interpretados en el sentido más favorable al usuario**"; por lo que, el calificativo de que: "como excepción comercial procedió a entregar a la usuaria

BENALCAZAR VERGARA YENI PAULINA, un nuevo saldo igual a lo que hubiese percibido si ejecutaba la promoción dentro de los términos legales correspondientes”; no puede ni debe entenderse como dación gratuita, ya que el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A., bajo su libre albedrío, publicitó la promoción 2x1, que legítimamente aprovecho la usuaria, beneficio que fue suspendido, de manera unilateral e ilegítima;

- f. Finalmente, cabe recalcar que el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A., se pronuncia de manera expresa, en el número 8 de su intervención: “...**CONECEL no reconoce ni acepta el cometimiento de infracción alguna vinculada al presente expediente**”; por lo que, sobre la base de lo actuado, en el presente se establece la verdad material del hecho infractor imputado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL No. 2016-CZ2-004; que en estricta observancia y apego a derecho, no ha sido justificado ni desvirtuado, por lo que se configura la infracción prescrita en el artículo 117, de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que en la letra b, dice: “*Son infracciones de primera clase aplicables a los poseedores de título habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes: 16.- Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y control de las Telecomunicaciones...(...)*”

3.4. ATENUANTES Y AGRAVANTES

De lo motivado, se desprende una circunstancia atenuante; la no reincidencia de procedimientos administrativos sancionadores con identidad de causa y efecto; en tanto que como circunstancias agravantes no existe ninguna, con la que se deba regular la sanción correspondiente.

Para establecer la multa económica a imponer, se debe tomar en cuenta el contenido del memorando No. ARCOTEL-EQR-2016-0055-M, de 8 de marzo de 2016, en el que se informa que la declaración del impuesto a la renta del CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A. correspondiente al ejercicio económico 2014 para el Servicio Móvil Avanzado (SMA), asciende a la cantidad de 1.436.966.724,32USD (MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS VEINTE Y CUATRO DÓLARES CON 32/100), adicionalmente en el presente caso, existe una circunstancia atenuante y ninguna agravante, por lo que se toma en cuenta la media entre la mínima y máxima sanción económica, que corresponde a una sanción de primera clase y se descuenta el 25% por la atenuante mencionada, con lo que se obtiene que el valor de la multa alcanza la suma de 170.639,80 USD (CIENTO SETENTA MIL SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE DÓLARES CON OCHENTACENTAVOS).

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 constante en el Memorando Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-0339 de 22 de marzo de 2016, e Informe Jurídico ARCOTEL-2016-JCZ2-R-043, de 21 de marzo de 2016, emitidos por las Unidades Técnica y Jurídica de la Coordinación Zonal 2.

Artículo 2.- DECLARAR que el CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A. con RUC No. 1791251237001, al no haber desvirtuado el cometimiento del hecho infractor señalado en el Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL N° 2016-CZ2-004 (promoción "RECARGAS 2x1", en cuanto a su vigencia y plazo de duración), ha incumplido lo que determinan los artículos 22, 24, y, el número 6 del artículo 64 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; y ha incurrido, en la infracción determinada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en su artículo 117, letra b), numeral 16. que expresa: "Artículo 117.- Infracciones de primera clase.- b) Son infracciones de primera clase aplicables a poseedores de títulos habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley las siguientes: 16. Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento, los planes, normas técnicas y resoluciones emitidas por el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones y las obligaciones incorporadas en los títulos habilitantes que no se encuentren señaladas como infracciones en dichos instrumentos."

Artículo 3.- IMPONER al CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A. con RUC No. 1791251237001, la sanción económica prevista en el artículo 121 número 1 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, equivalente al 0,011875%, del monto de referencia, esto es 170.639,80 USD (CIENTO SETENTA MIL SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE DÓLARES CON OCHENTA CENTAVOS), valor que deberá ser cancelado en Unidad Financiera Administrativa de la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, situada en la Avenida Amazonas N40-71 y Gaspar de Villarreal, de la ciudad de Quito, provincia de Pichincha, en el plazo de 30 días calendario, 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.- DISPONER al CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A. con RUC No. 1791251237001, que cumpla con la normativa constitucional, legal y reglamentaria, a la que se encuentra obligado de acuerdo a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por cuanto estas obligaciones no admiten salvedad alguna.

Artículo 5.- INFORMAR al CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A. con RUC No. 1791251237001, que tiene derecho a recurrir de esta Resolución, conforme lo dispone el artículo 134 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones interponer el Recurso de Apelación de la presente Resolución, ante la señora Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones dentro de quince (15) días hábiles contados desde el día hábil siguiente a la fecha de notificación de la presente Resolución. La interposición del Recurso de Apelación, no suspende la ejecución del acto impugnado, en observancia de lo establecido en el segundo inciso del artículo 134 la Ley citada.

Artículo 6.- NOTIFICAR con la presente Resolución al **CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES CONECEL S.A.**, en su domicilio habitual, ubicado en la Av. Amazonas N44-105 y Río Coca Edificio Eteco (3er piso), del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha.

Cúmplase.-

Dado y firmado en el Distrito Metropolitano de Quito, a 22 días del mes de marzo de 2016.



Ing. Miguel Jativa Espinosa
COORDINADOR ZONAL 2

AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES (ARCOTEL)




Eduardo Carrion
c.c. archivov 22 /03/ 2016.