

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 cláusula 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 cláusula 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