

RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZ2-2016-0057

**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

En fecha 26 de agosto del 2008, se suscribió el Contrato de Concesión para la Prestación de 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 Secretaria Nacional de Telecomunicaciones y la compañía CONECEL S.A.

1.2 FUNDAMENTO DE HECHO

Mediante Memorando No. ARCOTEL-DCS-2015-0693-M, de 04 de diciembre del 2015, la Ing. Ana Gabriela Valdivieso Black, Directora de Control de Servicios de Telecomunicaciones, pone en conocimiento de esta Coordinación Zonal sobre los reclamos presentados por abonados/clientes-usuarios del Servicio Móvil Avanzado, respecto de la recepción de tipo Pop Up (USSD) en sus terminales móviles sin autorización previa, mensajes de carácter comercial sin autorización o consentimiento.

El objetivo de la actividad de control es verificar que la operadora CONECEL S.A. cumpla con respetar los derechos de los abonados, clientes o usuarios de los servicios de telecomunicaciones, así como con sus obligaciones de prestador del servicio, todo esto de conformidad con lo que determina la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

En el detalle que se adjunta, consta una captura de pantalla, donde se da cuenta del tipo de mensaje recibido por parte de los abonados, clientes o usuarios del Servicio Móvil Avanzado, mensajes que no dan información de su origen y que no tiene el consentimiento o autorización de los usuarios.

1.3 ACTO DE APERTURA

En fecha 22 de febrero del 2016, se emitió el Acto de Apertura al Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-CZ2-2016-020, Acto con que se le notificó a la empresa concesionaria CONECEL S.A., el 23 de febrero del 2016, de conformidad con el reporte emitido por Memorando ARCOTEL-CZ2-2016-0185-M, de 24 de febrero

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 Secretaría 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 Secretaría Nacional de Telecomunicaciones en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, su Reglamento General y demás normativa.”

REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES.

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

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 del 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 la Resolución Nro. ARCOTEL-2015-00132, en su 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 la Acto de Apertura ARCOTEL-CZ2-2016-020, se ha procedido a notificar a la Empresa Concesionaria, la misma que ha comparecido y dado contestación estableciendo las pruebas de descargo de las que se cree asistida; se han respetados los términos determinados en la ley y se ha observado las garantías de debido proceso determinadas en la Constitución de la República, fundamentalmente lo relacionado con el derecho a la defensa, se ha respetado el procedimiento determinado en la Ley Orgánica de telecomunicaciones, así como también se han observado las formalidades y solemnidades señaladas en el Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL.

rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y por la Agencia de Regulación y control de las Telecomunicaciones.

Posibles sanciones en caso de comprobarse la existencia de la infracción.

Art. 121.- Clases.- Las sanciones para las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, televisión y audio y vídeo por suscripción, se aplicarán de la siguiente manera:

1. *Infracciones de primera clase.-* La multa será de entre el 0,001% y el 0,03 % del monto de referencia.

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.

Únicamente en caso de que no se pueda obtener la información necesaria para determinar el monto de referencia y se justifique tal imposibilidad, las multas serán las siguientes:

a) Para las sanciones de primera clase, hasta cien Salarios Básicos Unificados del trabajador en general.

3 ANÁLISIS DE FONDO:

3.1. CONTESTACIÓN AL ACTO DE APERTURA.

La empresa Operadora del Servicio Móvil Avanzado CONECEL S.A., ha presentado la contestación al Acto de Apertura mediante Oficio GR-0446-2016, de 15 de marzo del 2016, con número de trámite ARCOTEL-DGDA-2016-004632-E, de 16 de marzo de 2016, el mismo que en su parte fundamental manifiesta:

"3. DEL ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Señor Coordinador Zonal 2, la ley Orgánica de Telecomunicaciones ordena que, TODO acto de apertura del procedimiento sancionador contenga:

- ✓ Los hechos que presuntamente constituyen la infracción,
- ✓ La tipificación de las infracciones de las que se trate,
- ✓ Las disposiciones presuntamente vulneradas,
- ✓ Las posibles sanciones que procederían en caso de comprobarse su existencia y el plazo para formular los descargos, **mismos que deberán ser sustentados por un informe técnico-jurídico.**

- e) *Opinión concreta y fundada en normas jurídicas o técnicas aplicables a la cuestión consultada.*
- d) *Los informes, por su parte, referirán concretamente los antecedentes y circunstancias que hayan sido requeridos.*

CONECEL respetuoso del ordenamiento jurídico y del principio de legalidad de la actuación administrativa, insta a vuestro despacho a cotejar los cuatro elementos de contenido mínimo de todo dictamen o informe en el texto del memorando ARCOTEL-DCS-2015-0693-M.

Señor Coordinador Zonal 2, si bien es cierto el memorando antes identificado no es propiamente un acto administrativo, sin embargo, cuando un informe por disposición legal es obligatorio, tal como lo indica el artículo 21 del "Instructivo para el Procedimiento Administrativo Sancionador de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL", pasa a formar parte del Acto Administrativo y de su motivación, por lo cual es absolutamente legal evaluar la razonabilidad del acto, la idoneidad de medios y la proporcionalidad del acto, triple exigencia del test constitucional de la Interdicción de la Arbitrariedad.

5. DEL MOTIVO. LA MOTIVACION Y SU AUSENCIA EN EL ACTO ARCOTEL-CZ2-2015-020.

Expuesto *up supra* la discrepancia jurídica de informe o dictamen técnico y del contenido mínimo que por disposición normativa debe contener, se toma indispensable exponer a Usted, el tratamiento jurídico a dicha ausencia o a la motivación del mismo.

Según el Profesor Miguel Marienhoff la motivación es "***la expresión de los motivos que indujeron a la Administración Pública a la emisión del Acto***". Para Aróstica, los motivos "***son las circunstancias materiales o fácticas que anteceden y justifican la emisión del acto administrativo***". Para Vergara, citando al español José María Boquera, la motivación es "***la exteriorización o expresión de los motivos o razones que han llevado al autor del acto a adoptarlo***".

Waline entiende por motivación a "***la explicación de los motivos de lo resuelto, es decir, el acto está justificado por una cierta situación de hecho existente en el momento en que es tomada una decisión***".

Analizadas algunas de las definiciones expuestas previamente, señor Coordinador Zonal 2 podemos concluir preliminarmente que, la doctrina ha entendido que de faltar la exposición de motivos en el propio acto o en el informe técnico previo, **resulta imposible evaluar la razonabilidad del acto, la idoneidad de medios y la proporcionalidad del acto.**

Ausencia que es contraria a la Constitución de la República la cual dispone en su artículo 76 numeral 7 literal "l" y "m":

"Los vicios del procedimiento administrativo sancionador detectados", afectan la validez de la Resolución Nro. ARCOTEL-CZ2-2015-0023, por cuanto constituyen actuaciones del poder público que al no haber mantenido conformidad con las disposiciones constitucionales legales citadas, carecen de eficacia jurídica, toda vez que se ha verificado que en la sustanciación del procedimiento por parte del Organismo Desconcentrado, se ha vulnerado el derecho a la defensa de la Operadora como una garantía básica al debido proceso consagrado en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, así como también el derecho a la seguridad jurídica y la motivación del acto impugnado.

En consecuencia, resulta jurídicamente procedente que se declare LA NULIDAD DE PLENO DERECHO partir del Acto de Apertura (...)"

Por todo ello, el proceso ARCOTEL-CZ2-2015-020 es inconstitucional e ilegal, por tanto debe considerarse su nulidad de pleno derecho.

6. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO INCOADO POR LA ARCOTEL

Si la administración incoa determinado procedimiento con el fin de dictar cierta resolución, tendrá que asegurarse de que en transcurso de su instrucción, se verifique adecuadamente su presupuesto de hecho; de no ser así la resolución pretendida devendrá en imposible y la finalidad con la que se incoo el procedimiento será nulo o frustrado. En Sentencias de 27 de mayo de 1964, el Tribunal Supremo español impuso a la administración la prueba de los hechos que sustentan sus propias órdenes conducentes al restablecimiento de la legalidad; es así, como en el presente expediente la CZ2 sustenta una presunta infracción en una copia simple que no detalla más que un contenido, carente de fechas, nombres del abonado y-o números de teléfono, por citar tres aspectos cruciales para ejercer la defensa o esclarecimiento de los hechos reales, sustentando su Presunto Informe técnico, en expresiones tales como *"la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ha venido receptando reclamos de abonados/clientes-usuarios del Servicio Móvil Avanzado"* reclamos que no constan en la Apertura de la presente causa, haciendo que sea imposible ejercer la contradicción de la prueba como elemento constitucional básico para que exista jurídicamente una Litis; puesto que no se contó con los nombres ni números celulares, de los supuestos clientes que realizaron la queja; coartando a CONECEL la posibilidad de revisar en sus bases de datos la existencia de la mencionada autorización.

Importante relevancia en nuestro argumento tiene la última foja del Memorando No.ARCOTEL-DCS-2015-0693-M, que como lo hemos manifestado no es un Informe Técnico pero que constituye para la Coordinación Zonal 2 un elemento de trascendental importancia en el Acto de Apertura, y que no se la enuncia como un documento anexo ni elemento que forma parte íntegra de tal memorando, únicamente se limitan a incorporar la imagen que detallo a continuación:

Ahora bien, la comercialización del servicio prepago por su propia naturaleza, se la realiza principalmente mediante contrato expreso-verbal donde la operadora pone a conocimiento del usuario/abonado todas las condiciones y servicios que se ofertan, y ésta a su vez las acepta y autoriza de manera expresa. Señor Coordinador, si bien es cierto, que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones señala como obligación de los prestadores de servicios de telecomunicaciones el "*Respetar los derechos de los usuarios*", y a su vez determina como derecho de los abonados, clientes y usuarios el "*no recibir mensajes masivos o individuales o llamadas con fines de venta directa, comercial, publicitaria o proselitista, que no hayan sido previa y expresamente autorizados por el cliente, abonado o usuario.*", también es cierta la inexistencia de normativa adjetiva que haya regulado ex ante, la modalidad en que se debe dejar constancia reducida a escrito de conformidad con la ley.

REGLAMENTO PARA LOS ABONADOS/CLIENTES-USUARIOS DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y DE VALOR AGREGADO

- **Art. 4.-** *Condiciones generales y básicas de los contratos de prestación de servicios.- Las condiciones generales y básicas de contratación de los servicios de telecomunicaciones y de valor agregado, serán establecidos por el CONATEL, conforme a la definición de Contrato de prestación de servicios (Contrato de adhesión) contenida en el Artículo 3 del presente reglamento*
- **Art. 7.-** *Prestación de servicios de telecomunicaciones y de valor agregado contratados. - Podrán prestarse únicamente los servicios específicos y legalmente contratados, aceptados y seleccionados expresamente por los abonados/clientes, independientemente de la modalidad de contratación.*

De las disposiciones normativas vinculadas al caso y de lo expuesto en el texto normativo citado, a la fecha de la denuncia presentada por la Directora de Control de Servicios de las Telecomunicaciones, **no se dispone, recomienda, ordena o sugiere la suscripción de un nuevo acuerdo donde solamente se determine la autorización de recepción de dichos mensajes, tal es así, que en vista de la inexistencia de regulación legal y por la modalidad de la contratación, CONATEL informó de manera concreta y específica en su página web todas las condiciones del contrato a sus abonados prepago**, incluidas la recepción de dichos mensajes; 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.

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 CONATEL:

- **Art. 29.- Informar.-** *29.2 Promocionar y publicitar los servicios que ofrece al público, caracterizando los mismos sobre la base de términos técnicos y de*

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

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.

9. DE LAS PRUBEAS

Conforme a lo previsto en el Artículo 127 de la LOT solicito respetuosamente a vuestro despacho, se evacuen la siguiente prueba

1. Print de la página web de CONECEL donde consta la información veraz, oportuna, clara y correcta y que obedece al siguiente link:

http://www.claro.com.ec/portal/recursos/ec/pdf/CONDICIONESDEPRESTACIONDELSERVICIOMOVILAVANZADOYSERVICIOTELEFONICODELARGAOISTANCIAINTERNACIONALENTRECONECEL Y EL CLIENTEBAJOLAMODALIDAOPREPAG029_092015.pdf

2. Se fije fecha y hora, a fin de presentar de forma verbal nuestros argumentos jurídicos y técnicos expuestos en la presente.

10. SOLICITUD

En virtud de lo indicado en el presente escrito, solicitamos a su Despacho que al haberse transgredido el principio de defensa, y al no contar con la regulación legal necesaria, solicitamos al archivo de este Procedimiento.”

Hasta aquí lo fundamental de la contestación a la que adjunta un contrato o condiciones de prestación del SMA, celebrado entre CONECEL S.A., y los clientes, bajo la modalidad prepago.

3.2. PRUEBAS

Con la contestación dada por el permisionario del SMA y de lo actuado dentro del procedimiento administrativo, es necesario que se considere las siguientes constancias actuadas y que hacen prueba:

a.- El Informe Técnico contenido en Memorando ARCOTEL-DCS-2015-0693-M, de 04 de diciembre de 2016.

b.- Acto de Apertura del procedimiento administrativo sancionador ARCOTEL-2016-CZ2-020 de 22 de febrero de 2016.

telecomunicaciones y regulaciones expresas del ARCOTEL, al momento de la transacción mercantil se encuentra de manera clara y detallada su autorización expresa de recibir o no dichos mensajes de conformidad a lo establecido en el Reglamento para los abonados, es decir hay un contrato expreso y reducido a escrito."

Al respecto se debe mencionar que en el modelo de contrato de prestación de servicio entre CONECEL y el cliente, aprobado mediante Resolución TEL-654-21-CONATEL-2010 de 22 de octubre de 2010, consta la Cláusula Cuarta, numeral 8), la cual indica que:

"CONECEL podrá enviar al CLIENTE información de nuevos SERVICIOS que ofrezca ,los cuales podrán ser contratados por Instrumento separado, conforme al procedimiento que establezca CONECEL. Caso contrario, el CLIENTE deberá comunicar a CONECEL por cualquier medio, en cualquier momento y sin costo alguno, su intención de no recibirla información a la que se refiere el presente numeral."

Es decir, de acuerdo a la citada cláusula CONECEL puede enviar mensajes sobre nuevos servicios a todos sus clientes pospago, salvo que el cliente hubiera manifestado lo contrario.

b)

"Ahora bien, la comercialización del servicio prepago por su propia naturaleza, se la realiza principalmente mediante contrato expreso-verbal donde la operadora pone a conocimiento del usuario/abonado todas las condiciones y servicios que se ofertan, y ésta a su vez las acepta y autoriza de manera expresa. Señor Coordinador, si bien es cierto, que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones señala como obligación de los prestadores de servicios de telecomunicaciones el "Respetar los derechos de los usuarios", y a su vez determina como derecho de los abonados, clientes y usuarios el "no recibir mensajes masivos o individuales o llamadas con fines de venta directa, comercial, publicitaria o proselitista, que no hayan sido previa y expresamente autorizados por el cliente, abonado o usuario. ", también es cierta la inexistencia de normativa adjetiva que haya regulado ex ante, la modalidad en que se debe dejar constancia reducida a escrito de conformidad con la ley"

En relación a este aspecto, CONECEL S.A. en la contestación al Acto de Apertura, adjunta el documento **CONDICIONES DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO Y SERVICIO TELEFÓNICO DE LARGA DISTANCIA INTERNACIONAL ENTRE CONECEL Y EL CLIENTE BAJO LA MODALIDAD PREPAGO**. En dicho documento se indica en su parte inicial lo siguiente:

"Las partes que se obligan en virtud de las presentes condiciones de prestación del servicio móvil avanzado y servicio telefónico de larga distancia internacional, en adelante "CONTRATO" son: i) Por una parte, el CONSORCIO ECUATORIANO DETELECOMUNICACIONES S.A., en adelante "CONECEL"; y, ii) Por otra, el cliente/abonado/usuario, en adelante "CLIENTE", que active libre y voluntariamente un servicio prepago a través de la compra de chips/kits /tarjetas/pines/recargas o cualquier otra denominación que por desarrollo de la tecnología pueda darse, independiente de su denominación comercial, en adelante "PRODUCTO" o "SERVICIO".

LA ACTIVACIÓN DE CUALQUIERA DE LOS PRODUCTOS O SERVICIOS DETALLADOS ANTERIORMENTE CONSTITUYE LA PRUEBA PLENA Y EFICAZ DE LA VOLUNTAD DEL CLIENTE DE ACEPTAR LOS

los documentos existentes y que fueron fundamentos del Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador, es necesario considerar lo siguiente:

a.- La comparecencia al procedimiento por parte del Ab. Luis Fernando Guerra en calidad de abogado autorizado de la Operadora de SMA CONECEL S.A., ha sido aprobada y ratificada por el Apoderado Especial y Procurador Judicial Teodoro Maldonado Guevara, en escrito ingresado en fecha 17 de marzo del 2016, con número ARCOTEL-DGDA-2016-004716-E.

Se le ha permitido hacer uso de su derecho a la defensa y han alegado de manera verbal, lo que ocurrió en fecha 22 de marzo del 2016 a las 15H00.

b.- Hay algunos asuntos que es necesario considerarlos de manera previa para emitir la resolución y tiene que ver con los siguientes puntos que son la base de la defensa de la empresa operadora CONECEL S.A.

- El contenido del Acto de Apertura, fundamentalmente lo que considera el segundo numeral del artículo 126 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que manifiesta: ***"En este acto de apertura, se deberá adjuntar el informe técnico-jurídico que sustente el mismo."***

Se debe considerar que el informe técnico-jurídico, son el sustento del Acto de Apertura, y no son el acto mismo.

De conformidad con el diccionario de la Real Academia de la Lengua la palabra sustento significa:

Lo que sirve para dar vigor y permanencia a una cosa. Sostén Apoyo.

Al manifestar este significado, lo que se quiere decir es que el acto administrativo, no puede ni debe depender de elementos externos al mismo, sino que su valor está en que cumpla con los elementos y requisitos que la doctrina y la jurisprudencia dan al acto administrativo y que lo identifican, por lo tanto y al no ser obligatoria su vinculación a actos consultivos, que son solo de sustento, debe la empresa operadora concretarse en la defensa a considerar los aspectos que le beneficien a ella y no pretender crear una nulidad por elementos de sustento de sostén, que dan vigor al acto y permanencia y que no es elemento del mismo.

- No existe en el ACTO DE APERTURA Nro. ARCOTEL-CZ2-2016-020, una ausencia de elementos constitutivos del acto administrativo peor aún considerarlo como un acto administrativo ilegítimo, por documentos que si bien son fundamento del acto, son extraños al mismo, no son parte del mismo y así lo determina el ERJAFE cuando manifiesta:

Art. 70.- ACTOS DE SIMPLE ADMINISTRACION.- Son toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los

fundado. Y en la Ley de Modernización del Estado se dice que la motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano en relación con los resultados del procedimiento. De modo que no se puede, ni aun realizando una interpretación extensiva que en el caso no sería aceptada por tratarse de derecho público admitir que la motivación conste en documento aparte de la resolución. La motivación es parte esencial del documento en el cual consta la resolución.

- Otro aspecto de la contestación es considerar que todos los contratos de adhesión al servicio de telecomunicaciones, ya sea de modalidad prepago o post pago, se deben someter a la nueva normativa contenida en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y el Reglamento General a la Ley y las resoluciones o disposiciones de la ARCOTEL.

La existencia de contratos aprobados con anterioridad a la LOT, obligan a la empresa operadora a adecuar las condiciones del servicio a la nueva normativa y no justifica un actuar en base a requisitos que ya no están vigentes.

Por otro lado en diciembre del 2015, se aprobó el Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y en él se establece como se debe proceder en los contratos para la provisión de servicios; es decir, existe una normativa que no ha considerado la Operadora CONECEL S.A.

- Tal vez es necesario aclarar, que la identificación plena de la persona natural o jurídica que pueda ser responsable de una conducta irregular, se lo determina a lo largo del procedimiento administrativo y no en líneas escogidas para pretender evadir las responsabilidades.

Si la persona presuntamente responsable está plenamente identificada, durante todo el proceso con la notificación del Acto de Apertura, con la comparecencia y contestación dada a la presunta infracción y con la solicitud de prueba y alegatos, ha expresando sus fundamentos de hecho y derecho, con la comparece a alegar de manera verbal con la finalidad de desvanecer lo acusado; es decir, el procedimiento administrativo está plenamente dirigido, y no hay duda sobre el presunto responsable de la infracción administrativa acusada, debiendo establecerse otros elementos que configurarían la existencia material de la infracción.

c.- Previo a emitir la decisión es necesario considerar los argumentos de fondo de la defensa presentados por la CONECEL S.A., la misma que se la debe analizar en tres aspectos fundamentales:

- Antecedentes del hecho.
- Relación de los antecedentes con el derecho.
- Consecuencias jurídicas.

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

Por lo anotado anteriormente se puede determinar como presuntas infracciones las tipificadas en la LOT, de acuerdo a lo siguiente:

Art. 117.- Infracciones de Primera Clase.-

b. 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.

Posibles sanciones en caso de comprobarse la existencia de la infracción.

Art. 121.- Clases.- Las sanciones para las y los prestadores de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, televisión y audio y vídeo por suscripción, se aplicarán de la siguiente manera:

1. *Infracciones de primera clase.-La multa será de entre el 0,001% y el 0,03 % del monto de referencia.*

En los procesos administrativos se debe buscar la protección del servicio y de los derechos de los usuarios establecidos en la Constitución de la República y en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, los mismos que son irrenunciables y plenamente justiciables como determina el artículo 11 de la Constitución.

Esta consideramos la esencia y el deber de quienes prestan servicios públicos.

Consecuencias jurídicas.- De igual manera que la conducta tiene su relación con el derecho y su observancia o no, tiene consecuencias jurídicas, las mismas que deben ser analizadas desde dos puntos de vista:

- La existencia material de la infracción.
- La responsabilidad del acusado.

En cuanto al primer aspecto, se debe considerar lo alegado por la empresa CONECEL S.A., cuando manifiesta:

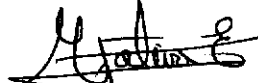
“...la CZ2 sustenta una presunta infracción en una copia simple que no detalla más que un contenido, carente de fechas, nombres del abonado y/o números de teléfono...”

Es decir que los reclamos presentados por los usuarios no constan en el acto de apertura dentro de la presente causa y no se conoció sus números de celulares

Coordinación Zonal 2; y a la Secretaria General de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL).

Notifíquese y Cúmplase.-

Dada en el Distrito Metropolitano de Quito, a 11 de mayo del 2016



Ing. Miguel Játiva Espinosa
COORDINADOR ZONAL 2
AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS
TELECOMUNICACIONES (ARCOTEL)



(COPIA)

JRN Jaime Ordóñez
11-mayo- 2016.
c.c.: JRN, A.