

RESOLUCIÓN No. ARCOTEL-CZ2-2015-039

**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. TÍTULO HABILITANTE

Contrato de concesión para la prestación de Servicio de Audio y Video por suscripción bajo la modalidad de difusión directa por satélite DTH, celebrado entre la Secretaria Nacional de Telecomunicaciones y la compañía CONECEL S.A.

1.2 FUNDAMENTO DE HECHO

Mediante Memorando Nro. ARCOTEL-CZ2-2015-0341-M, de 16 de julio del 2015, enviado por el Ing. Pablo Lasso Plaza, profesional Técnico 3 de la de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, Coordinación Zonal 2, se tiene conocimiento del Informe Técnico No. IT-CZ2-C-2015-1061, del 16 de julio del 2015, referente a la **VERIFICACIÓN DEL RECLAMO PRESENTADO POR EL SEÑOR CHRISTIAN RODRÍGUEZ.**

El motivo del reclamo del señor Rodríguez es por cuanto se realizan cobros indebidos en las planillas que emite la operadora CONECEL S.A., **POR 2 DÓLARES POR CONTRATO Y POR MES, BAJO LA FIGURA DE asistencia técnica en el servicio de televisión satelital que presta la empresa.**

En la verificación de la denuncia se han practicado las siguientes diligencias:

- Se solicita al proveedor del servicio una explicación a la denuncia presentada por el señor Rodríguez y se obtiene la siguiente respuesta:
 - Se verifica en el sistema y el cliente no tiene cobros excesivos.
 - El valor de la asistencia técnica se cobra a los clientes de CLARO TV, el cual está basado en la cobertura para reposiciones en caso de robo o daño de equipos, traslados, reubicaciones.
 - El cliente puede solicitar mayor información sobre este servicio o la cancelación del mismo comunicándose a nuestro call center, o acercarse a cualquier centro de atención al usuario a solicitar la inactivación del servicio.

Por cuanto la respuesta provista por la operadora no es clara o satisfactoria, se solicita la siguiente información:

- Copias de los contratos con el usuario y la autorización para la forma del cobro de asistencia técnica.
- Normativa en la que se basa para el cobro del rubro de ASISTENCIA TÉCNICA A LOS USUARIOS de los servicios de DTH legalmente autorizados.

El asunto de asistencia técnica a los usuarios es un evento futuro e incierto ya que está basado en la cobertura para reposiciones en caso de robo o daño de equipos, traslados y reubicaciones, que no tienen que ver directamente con el servicio.

Sin embargo en el contrato para la prestación del servicio, a pesar de que no se dice en qué consiste la asistencia técnica, se detalla un cobro denominado OTROS- "Asistencia Técnica" por el valor mensual de 1 (UN) dólar.

Por todo lo anterior se presume se estaría atentando en contra de derechos de los abonados, clientes o usuarios así como incumpliendo con algunas de las obligaciones determinadas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de Telecomunicaciones.

1.3 ACTO DE APERTURA

En fecha 16 de octubre del 2015, se emitió el Acto de Apertura al Procedimiento Administrativo Sancionador No. ARCOTEL-2015-CZ2-0025, Acto con que se le notificó a la empresa concesionaria, el 16 de octubre del 2015, de conformidad con el Memorando ARCOTEL-CZ2-2015-0738-M, de 19 de octubre del 2015.

2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

2.1. AUTORIDAD Y COMPETENCIA

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

"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 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."

Resoluciones de ARCOTEL

Resolución No. 001-01-ARCOTEL-2015

Art. 144.- **"Competencias de la Agencia.-** Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: (...)

4. Ejercer el control de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, incluyendo el servicio de larga distancia internacional, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y a lo establecido en los correspondientes títulos habilitantes... 18. Iniciar y sustanciar los procedimientos administrativos de determinación de infracciones e imponer en su caso, las sanciones previstas en esta Ley."

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..."

Resoluciones de ARCOTEL

Mediante Resolución No.001-01-ARCOTEL-2015, de 4 de marzo del 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 del 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 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 del Procedimiento Administrativo Sancionador ARCOTEL-2015-CZ2-0025, 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.

Sin embargo de lo expuesto la empresa Operadora CONECEL S.A., en escrito ingresado el 10 de noviembre del 2015, con número de trámite ARCOTEL-2015-014056, manifiesta que la Coordinación Zonal 2 de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ha incurrido en las siguientes nulidades procesales:

- Nulidad por vicio en la delegación administrativa.
- Falta de motivación del acto

Previo a que se tome la decisión que corresponda, se debe proceder a analizar las situaciones expuestas por la empresa operadora CONECEL S.A., con la finalidad de determinar en primer lugar si el procedimiento administrativo es válido o no en base a las aseveraciones expuestas.

Nulidad por vicio en la delegación administrativa.

Cuando se habla de la naturaleza jurídica de ARCOTEL, se aclara que su creación obedece a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en el artículo 142 y pertenece a la administración pública institucional, pese a ser adscrita al Ministerio de las Telecomunicaciones y Sociedad de la Información.

Por otro lado es necesario que se le recuerde a la Operadora CONECEL S.A., que el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, está

supeditado a la ley, fundamentalmente a las Leyes Orgánicas como la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por lo tanto el procedimiento administrativo que se debe seguir para los juzgamientos administrativos en telecomunicaciones deben responder al procedimiento determinado en la LOT, el mismo que incluso se aplica así se juzgue infracciones determinadas en los título habilitantes.

El artículo 425 de la Constitución de la República determina el orden jerárquico de aplicación de las leyes y establece en primer lugar a la Constitución, luego a los tratados y convenios internacionales, las leyes orgánicas, las leyes ordinarias; es decir, en orden de prelación las leyes orgánicas ocupan el tercer puesto y por lo tanto corresponde aplicar las normas del procedimiento administrativo sancionador en materia de telecomunicaciones, las determinadas en la LOT.

No se acepta la alegación de que el procedimiento a aplicar es el común a la función ejecutiva como lo manifiesta la operadora.

Competencia administrativa.

En cuanto a la competencia administrativa, la misma nace de la ley y no de otra norma de menor jerarquía y la empresa operadora hace un análisis en la transferencia de la competencia administrativa mediante dos situaciones:

- La delegación administrativa
- La desconcentración administrativa.

Estas dos figuras están definidas en el ERJAFE, en sus artículos 54 y 55, y sobre lo que manifiesta la operadora, que la desconcentración se da por decreto ejecutivo o acuerdo ministerial se está estamos plenamente de acuerdo.

Competencia de la Coordinación Zonal 2.

En primer lugar, la empresa operadora confunde lo que antes era una Boleta y lo que actualmente es un Acto de Atertura del Procedimiento Administrativo Sancionador determinado en la LOT, situación que debe quedar claramente determinado.

En cuanto a que esta Autoridad actúa por delegación de la Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, es necesario que se considere:

- En primer lugar, las atribuciones del **Directorio** de la Agencia, se encuentran determinadas en el artículo 146 y fundamentalmente la siguiente disposición transitoria de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que manifiesta:

"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..."

Por disposición de la Ley, el Directorio de ARCOTEL dicta la Resolución No.001-01-ARCOTEL-2015, de 4 de marzo del 2015, en cumplimiento de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y manifiesta:

"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 (...)"*

Se debe considerar que se aprueba la estructura temporal, la misma que correspondía a lo que era la SENATEL, CONATEL Y SUPERTEL, cada órgano, fundamentalmente la SUPERTEL, tenía una estructura desconcentrada a nivel nacional, por lo tanto la Coordinación Zonal 2, es el sinónimo o equivalente de lo que era la Intendencia Regional Norte y su competencia territorial.

- El Directorio autoriza a la Dirección Ejecutiva para que defina el ámbito de las competencias y atribuciones de las unidades de ARCOTEL, así se puede apreciar del artículo 3 de la Resolución transcrita.

En este sentido es necesario que se considere que las competencias estaban dadas a los diferentes órganos que integran la ARCOTEL y por lo tanto la Coordinación Zonal 2 o Intendencia Regional Norte estaba actuando y actúa con competencia dentro de esta estructura temporal.

Art. 144.- Competencias de la Agencia.

Corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones:

18. Iniciar y sustanciar los procedimientos administrativos de determinación de infracciones e imponer en su caso, las sanciones previstas en esta Ley.

En primer lugar queda determinado que la agencia tiene competencia y como la coordinación Zonal 2 es parte de la Agencia es también competente para este procedimiento administrativo.

En cuanto a la delegación, esta viene dada por la Directora Ejecutiva de conformidad con la Resolución ARCOTEL-2015-00132, publicada en el Registro Oficial 541 del sábado 11 de julio del 2015.

Por estas consideraciones, esta Autoridad ha operado con competencia y con la delegación debida de parte de la Directora Ejecutiva de la ARCOTEL.

Respeto a la falta de motivación, se analizará más adelante.

Por lo expuesto, en el presente trámite, no existe nulidad que declarar en cuanto a la falta de competencia y delegación de esta autoridad para conocer y resolver procedimiento administrativo sancionador.

2.3. IDENTIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y SANCIÓN

Mediante Memorando Nro. ARCOTEL-CZ2-2015-0341-M, de 16 de julio del 2015, enviado por el Ing. Pablo Lasso Plaza, profesional Técnico 3 de la de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, Coordinación Zonal 2, se tiene conocimiento del Informe Técnico No. IT-CZ2-C-2015-1061, del 16 de julio del 2015, referente a la **VERIFICACIÓN DEL RECLAMO PRESENTADO POR EL SEÑOR CHRISTIAN RODRÍGUEZ.**

Es importante considerar que la Constitución de la República contienen normas que son de aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico y una fundamental es la siguiente:

El numeral 1 del artículo 83 de la Constitución de la República del Ecuador, 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;

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

Art. 22.- Derechos de los Abonados, clientes y usuarios.

Los abonados, clientes y usuarios de servicios de telecomunicaciones tendrán derecho:

9. A pagar tarifas de acuerdo con las regulaciones correspondientes y los planes contratados, de ser el caso.

11. A obtener del prestador la compensación por los servicios contratados y no recibidos, por deficiencias en los mismos o el reintegro de los valores indebidamente cobrados.

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

Estos derechos se hacen extensivos a los abonados, clientes y usuarios de los servicios de audio y video por suscripción.

Art. 24.- Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones.

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

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

5. *Cumplir con las regulaciones tarifarias.*

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

Art. 118.- Infracciones de Segunda Clase.-

b. Son infracciones de segunda clase aplicables a los poseedores de título habilitantes comprendidos en el ámbito de la presente Ley, las siguientes:

5. Cobrar por servicios no contratados o no prestados.

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 video por suscripción, se aplicarán de la siguiente manera:*

2. *Infracciones de segunda clase.- La multa será de entre el 0,031% y el 0,07 % 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 segunda clase, desde ciento un hasta trescientos Salarios Básicos Unificados del trabajador en general.

3. ANÁLISIS DE FONDO:

3.1. CONTESTACIÓN AL ACTO DE APERTURA

La empresa Operadora CONECEL S.A., ha presentado el documento GR-2090-2015, de 9 de noviembre del 2015, con ingreso ARCOTEL-2015-014056, de fecha 10 de noviembre del 2015 y que se lo va a considerar dentro de este título con la finalidad de determinar el comportamiento de la Operadora dentro de este procedimiento.

“1. DE LAS EVIDENTES NULIDADES PROCESALES

a. DE LA NULIDAD POR VICIO EN LA DELEGACIÓN ADMINISTRATIVA.

1.1 De la Naturaleza de la ARCOTEL- Aplicabilidad del ERJAFE

Como es de su conocimiento, la ARCOTEL conforme el artículo 142 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (en adelante, la "LOT"), es un organismo público, adscrito al Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información-MINTEL. Esta condición jurídica hace que se identifique dentro del ámbito de aplicación del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (en adelante, ERJAFE), contenido en el artículo 2 literal b), ya que expresamente dispone lo siguiente:

"Art. 2.- AMBITO.- Este estatuto es aplicable principalmente a la Función Ejecutiva. Para sus efectos, la Función Ejecutiva comprende:

- a) *La Presidencia y la Vicepresidencia de la República y los órganos dependientes o adscritos a ellas*
- b) *Los Ministerios de Estado y **los órganos dependientes o adscritos a ellos** (. .)" (lo subrayado nos corresponde)*

Los órganos comprendidos en los literales a) y b) conforman la Administración Pública Central y las personas jurídicas del sector público señaladas en los demás literales conforman la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva.

Ahora bien, determinado lo anterior --**que el ERJAFE instituye principalmente la estructura general, el funcionamiento, el procedimiento administrativo común y las normas sobre responsabilidad de los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva--**, está por demás concluir que la ARCOTEL debe acoger la

normativa contemplada en el presente Estatuto, salvo que su norma especial consagre una condición más favorable o diferente en relación a un mismo aspecto normativo previsto en el ERJAFE, lo cual en la realidad no existe.

1.2 Competencia Administrativa

Como la LOT lo indica, la Administración Pública (ARCOTEL) tiene personalidad jurídica única para el cumplimiento de sus fines. Ahora bien, este conjunto de asignaciones y atribuciones, son determinadas mediante disposiciones legales expresas y públicas, por cuanto en derecho público, por el principio de legalidad conforme el artículo 226 de la Constitución del Ecuador que guarda concordancia con el artículo 192 del ERJAFE, sólo se puede ejecutar las atribuciones conferidas por la Constitución, tratados, leyes y reglamentos generales.

Esta esfera de atribuciones a entes y órganos tiene características intrínsecas como la irrenunciabilidad e improrrogabilidad; así mismo debe ser ejercida de manera exclusiva y excluyente por el organismo que la tiene atribuida como propia, salvo los casos de **delegación, desconcentración, descentralización, sustitución, avocación.**

1.3 Transferencia de la Competencia Administrativa

Como es de su conocimiento, todo organismo público puede transferir el ejercicio de sus competencias propias a sus inferiores jerárquicos, salvo norma legal o reglamentaria en contrario. Al respecto, en materia de telecomunicaciones, la LOT señala expresamente que:

Art. 148.- Atribuciones del Director Ejecutivo. Corresponde a la Directora o Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: (. . .) 12. Delegar una o más de sus competencias a los funcionarios de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. (lo subrayado y resaltado nos pertenece)

En atención a la disposición expresa de la LOT y conforme a la doctrina, queda evidenciada la potestad de la Directora Ejecutiva para delegar.

Ahora bien, desconocemos los motivos, pero tenemos la seguridad que la ARCOTEL confundió involuntariamente la delegación con otra figura denominada **DESCONCENTRACIÓN**, según la cual conforme el artículo 54 del ERJAFE de la norma antes citada indica:

"Artículo 54.- Desconcentración.-La titularidad y el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos administrativos podrán ser desconcentradas en otros jerárquicamente dependientes de aquellos, cuyo efecto será el traslado de la competencia al órgano desconcentrado. La desconcentración se hará por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial. " (Lo subrayado es nuestro).

1.4 Competencia de la Coordinación Zonal 2

La Coordinación Zonal 2 en la Boleta, inicia el procedimiento administrativo sancionador en contra de CONECEL S.A., conminando a formular los descargos

que se crea atribuido; igualmente en aras de justificar su competencia administrativa, cita:

- Delegación conferida por la Directora conforme al Artículo 148 # 12 de la LOT. Transferencia que consta en la Resol. ARCOTEL-2015-0132 (artículo 5) DE LAS UNIDADES DESCONCENTRADAS.

Es imprescindible destacar la evidente incongruencia jurídica existente entre la presunta "delegación" invocada por su Despacho en la apertura de dicho procedimiento cuando el texto que invoca señala expresamente en su artículo 5, la figura de la "Desconcentración." **Vale la pena recordar que la desconcentración solo puede dictarse por Decreto ejecutivo o Acuerdo Ministerial, mecanismos que son distantes de una Resolución de ARCOTEL, así como de las potestades de la Dirección ejecutiva.**

En caso de ser desconcentración, se debe analizar la viabilidad de la Dirección Ejecutiva para dictar Decretos Ejecutivos o Acuerdos ministeriales, potestades atribuidas al Presidente de la República y Ministros de Estado, con ello se concluye que la ARCOTEL ha incurrido en un vicio de delegación administrativa, violando así las garantías constitucionales y legales, y principios del Derecho Administrativo Sancionador.

Debe tenerse en cuenta, que la doctrina especializada y más respetable, incide en forma especial, en las responsabilidades que como funcionarios públicos deben observar en el procedimiento administrativo sancionador. Así pues, Alejandro Nieto (en "Derecho Administrativo Sancionador") señala acertadamente que las decisiones sancionatorias basadas en Reglamentos y/o actos nulos, acarrearán que éstas sean a su vez, nulas, así como todo apremio que se realice en base a ellos. A su vez, Miguel Sánchez Morón (en "Derecho Administrativo, parte general") señala puntualmente que *"La delegación de competencia en sentido estricto consiste en la asignación a un ente u órgano por parte de otro, normalmente en situación de supremacía o superioridad, del ejercicio de competencias determinadas reconocidas como propias del segundo"* (el resaltado es nuestro): Este escenario no se ha dado en el presente procedimiento, y formulamos una especial invocación para archivar el mismo, y conducir la potestad sancionadora dentro de los parámetros que el Derecho establece.

1.1. DE LA FALTA DE MOTIVACIÓN DEL ACTO.

Ingeniero Miguel Játiva, el acto administrativo, según García de Enterría¹ es:

"La declaración de voluntad, de juicio de conocimiento, o de deseo de realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria. "

Así mismo, el Doctor Marco Morales lo definió como *"una declaración unilateral de voluntad de autoridad competente que versa sobre asuntos de la Administración Pública y que tiene efectos jurídicos de orden particular"*

Es apropiado agregar que los actos administrativos incluyen dos elementos esenciales para su existencia que constituyen el mérito y la legitimidad. En este sentido el mérito de conformidad con Jaime Santofimio Gamboa se refiere a *"la oportunidad y conveniencia para la expedición del acto administrativo. (...) Implica*

todo un juicio de valoración por quien ejerce funciones administrativas para que todos los actos expedidos sean realmente beneficiosos y acordes con los intereses generales."

Se desprende que el mérito incluye el fundamento de los actos administrativos, que en el derecho administrativo se entiende como el deber de motivación de los mismos, situación que permite legitimar el acto y que el administrado conozca de manera íntegra el fondo y soporte de dicho acto, para hacer ejercicio de derecho de contradicción.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha recogido los siguientes criterios:

"QUINTO.- Un acto administrativo no es formalmente perfecto y por lo tanto intangible, si no está motivado, pues, la circunstancia de que la administración no obre arbitrariamente, sino en los límites que el ordenamiento jurídico legal le impone, hace imprescindible que sus decisiones expresen los motivos de hecho y de derecho que concurren para determinar su legitimidad. La Constitución Política de la República así lo dispone cuando en su artículo 24 numeral 13 preceptúa: "Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se hayan fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho ... " La violación de este deber jurídico acarrea no solo la nulidad del acto, por violación a la norma, sino que además hace responsable civilmente al Estado, por expreso mandato del Art. 22 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada y su Reglamento que, aunque son anteriores a la Constitución, también prevén la obligación de motivar los actos de la administración pública en los artículos 31 y 20, respectivamente; disposiciones que deben ser interpretadas en el nuevo orden constitucional, en virtud del cual todas las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas.

SEXTA. - Del análisis del acto impugnado este no se encuentra motivado, ya que solo se limita a manifestar el cambio administrativo y la base legal en que se apoya, sin que se mencione las circunstancias o la justificación de dicho traslado, lo que ocasiona que la autoridad administrativa violente el derecho de la accionante".

En conclusión, en base a la Doctrina expuesta, uno de los elementos PRINCIPALES y que no pueden faltar o pueden ser omitidos en un Acto Administrativo, como lo es la Boleta Única, materia del presente, es la **MOTIVACION.**

Conforme lo indicado anteriormente, la MOTIVACIÓN es un elemento fundamental e imprescindible en el Acto Administrativo tal como lo desarrolla:

Miguel Marienhoff lo definió como *"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"

El español García de Enterría nos da una definición mucho más amplia. Él dice que "motivar un acto significa fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto"

Analizadas algunas de las definiciones expuestas previamente, podemos concluir preliminarmente que la doctrina ha entendido que de **faltar la exposición de motivos en el propio acto, resulta imposible 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 según Bacigalupo y su estudio de la doctrina del Tribunal Constitucional Alemán.

Es así como los autores elevan la motivación de un acto administrativo a la categoría de elemento del mismo.

Ingeniero Miguel Játiva, ¿Cómo conocer la razonabilidad del Acto de Apertura, si en el mismo no se define con precisión la supuesta infracción en la que CONECEL supuestamente ha incurrido? Lo único que su Despacho hace es citar la infracción imputada (numeral 5 del literal b) del artículo 118 de la LOT, mas no precisa la conducta imputada, -cobro por servicios no contratados o no prestados-, sin establecer el grado de racionalidad entre el hecho ocurrido y la supuesta infracción cometida. Ello, resulta imposible, porque la prueba de la falta de arbitrariedad sólo puede darse con la demostración de su razonabilidad, al contrastarse la decisión tomada con las razones que se han invocado por la propia autoridad para tomarla, elementos que están ausentes en el Acto de Apertura dictada.

La ausencia de motivación es contraria a la Constitución de la República la cual dispone en su artículo 76 numeral 7 literal "1" y "m":

*"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 consideraran nulos**. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados." (Lo resaltado y subrayado nos pertenece)*

En concordancia con la norma constitucional citada, el artículo 31 de la Ley de Modernización del estado señala:

"Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano. En relación con los resultados del procedimiento previo la indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios"

Por otra parte, el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función

Ejecutiva, en su artículo 4 menciona:

*"La motivación no es un requisito de carácter meramente formal sino que **es de fondo e indispensable porque solo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, porque son necesarios para que pueda controlarse la actividad de la administración**". (Lo resaltado y subrayado nos pertenece)*

A su vez, el Informe Jurídico del Acto de Apertura, se limita únicamente y exclusivamente a especificar las supuestas normas infringidas, sin hacer una relación entre los hechos imputados y la relación legal de los mismos con las normas citadas. Es de precisar que la mera cita de una norma no constituye una motivación o una fundamentación jurídica que sustente la emisión de un Acto Administrativo Sancionador. Dicho informe, toma nota de lo estipulado en los numerales 4 y 5 del artículo 24 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que señala lo siguiente:

"Son deberes de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, con independencia del título habilitante del cual derive el carácter, los siguientes: 4. Respetar los derechos de los usuarios establecidos en esta ley y en el ordenamiento jurídico vigente; 5. Cumplir con las regulaciones tarifarias".

En el contexto real de los hechos, no es sustentable que se justifique el presente acto de apertura, con lo predispuesto en el numeral 5 del artículo ya señalado, toda vez que no existe en nuestro ordenamiento jurídico, regulación tarifaria alguna para los servicios de DTH.

Es importante en este punto, manifestar que para la preparación de la voluntad del acto, Roberto Dromi ha mencionado lo siguiente:

"(...) Deben existir dos elementos esenciales para formar la voluntad, éstos son: finalidad y responsabilidad. La finalidad.- En la que los agentes públicos deben actuar cumpliendo el fin de la norma que otorga las atribuciones pertinentes, y Razonabilidad.- En la que los agentes públicos deben valorar de manera razonable las circunstancias de hecho y el derecho aplicable y disponer medidas proporcionalmente adecuadas a fin perseguido por el ordenamiento jurídico".

Nos encontramos entonces, frente a una clara falta de valoración entre el hecho ocurrido frente al derecho aplicable.

Como conclusión, al no existir en el Acto de Apertura la relación lógica entre la conducta realizada por CONECEL y la infracción imputada, y en segundo este se ve viciado por inexistencia de motivación, omisión que implica una falta de motivación de dicho acto contraviniendo nuestro marco constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, dentro del término legal establecido, sustentamos la presente contestación en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

2. DE LA NATURALEZA DEL SERVICIO "ASISTENCIA TÉCNICA":

2.1. La Asistencia Técnica no es un Servicio de Telecomunicaciones

En primer lugar debemos puntualizar que el rubro "**Asistencia Técnica**" no es sujeto de una aprobación de ARCOTEL ni mucho menos se encuentra supeditado a la normativa de telecomunicaciones, puesto que no es un concepto que corresponda a la prestación de un servicio de telecomunicaciones. Para llegar a esta afirmación, tomamos como punto de partida el artículo 2 de la LOT, referente al ámbito de aplicación de la ley, en su inciso segundo dispone:

"Las redes e infraestructura usadas para la prestación de servicios de radiodifusión sonora y televisiva y las redes e infraestructura de los sistemas de audio y video por suscripción, están sometidas a lo establecido en la presente Ley."

En la normativa de Telecomunicaciones, vigente desde febrero del 2015, no define con precisión los "sistemas de audio y video por suscripción", en consecuencia debemos acudir al Reglamento de Audio y Video por suscripción, en cuyo artículo 4 sobre términos y condiciones, en el literal a) señala:

"a) Sistema de audio y video por suscripción.- Aquel que transmite y eventualmente recibe señales de imagen, sonido, multimedia y datos, destinados exclusivamente a un público particular de suscriptores o abonados"

Del artículo citado se desprende que el servicio de Televisión por Suscripción bajo la modalidad Satelital (DTH) únicamente implica la transmisión de voz y video mediante señal satelital, excluyendo todo servicio o producto ajeno al mismo; es decir, la propia regulación del servicio ya excluye y determina que el rubro Asistencia Técnica que CONECEL recauda, NO es un Servicio de Telecomunicaciones, ni de Radiodifusión.

Ahora bien, y sin perjuicio de que ya se ha precisado que "Asistencia Técnica" no es un Servicio de Telecomunicaciones y por tanto se estaría desvirtuando todo el contenido del presente Acto de Apertura; es menester señalar Señor Coordinador Zonal 2, como ya se lo indicó en la repuesta al reclamo del señor Rodríguez y en nuestro oficio No. GR-1504-2015, el servicio de Asistencia Técnica cubre los siguientes eventos:

- Hurto o robo, por los rubros incurridos en visita y reemplazo de equipo por eventos imputables al cliente y no a la prestación del servicio, dentro de un año.
- En caso que el cliente cambie de domicilio, por una vez al año, los valores por instalación del equipo en el nuevo domicilio.
- Reubicación del equipo en el mismo domicilio del cliente, por una vez al año.
- En caso de daños o desperfectos del control remoto, el reemplazo de este dispositivo (normal o universal), una vez al año.

Los eventos antes descritos son totalmente ajenos a la prestación del servicio DTH, ello acorde a la definición del Reglamento de Audio y Video por Suscripción, por lo que no incluyen en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. En virtud de ello, el cobro por Asistencia Técnica deberá cumplir lo establecido en la normativa tributaria sobre comprobantes de venta, el

Reglamento de Comprobantes de Venta, Retención y Complementarios, reglamentación que ha sido cumplida a cabalidad por CONECEL a tal punto que no hemos tenido observación alguna de parte de los organismos de control en dicha materia.

Nuestra posición consistente en que el rubro Asistencia Técnica no es un servicio de telecomunicaciones, se sustenta aún más con un caso similar *-pero en servicio móvil avanzado-* sustanciado por la autoridad, en cuya Resolución ARCOTEL-2015-0375 ha manifestado que los valores correspondientes a recargos legales, intereses y otros servicios que no son considerados servicios de telecomunicaciones, deben detallarse con claridad en la factura, en el presente Acto Administrativo estos servicios son los denominados "Gastos Administrativos". Dicho de otra forma, todo cuanto servicio ajeno al contratado por el cliente, es lícito siempre y cuando se lo facture de forma detallada al cliente; dicha resolución es Jurisprudencia válida en el sector de telecomunicaciones, debiendo aplicarse dicho criterio a todos aquellos servicios que no son objeto de los Diferentes Títulos Habilitantes otorgados por el Estado para la prestación de Servicios de Telecomunicaciones como tal.

En conclusión, este Procedimiento Sancionatorio no se trata de un tema relacionado con la prestación del servicio de telecomunicaciones, no se está discutiendo ni examinando en la vía administrativa si CONECEL prestó los servicios contratados por el usuario de manera distinta a lo que se pactó, tampoco es un caso en el que CONECEL habría cobrado por un servicio no prestado, por lo tanto no se ha configurado en forma alguna la infracción a la que sin motivación alguna hemos sido acusados.

2.2. La Asistencia Técnica opera bajo una cláusula suspensiva

La naturaleza del servicio de "Asistencia Técnica" como queda en evidencia, obedece a hechos futuros inciertos que pueden o no acaecer, pero de ocurrirlos el cliente puede hacer uso de los mismos debiendo CONECEL prestarlos de forma efectiva. Este tipo de obligaciones entre las partes son las denominadas en el campo civil como condicionales, cuya definición la encontramos en el artículo 1489 del Código Civil y que a su tenor dice:

"Art. 1489.- Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no. "

Ampliando esta definición, el artículo 1501 del mismo cuerpo normativo sobre la exigencia del cumplimiento de la obligación una vez verificada la condición dice:

"Art. 1501.- No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional, sino verificada la condición totalmente. Todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido".

Partiendo por el mismo sentido, Cabanellas señala en referencia a la Condición Suspensiva ha señalado lo siguiente:

"Aquella que suspende el cumplimiento de la obligación o la efectividad posible de un derecho hasta que se verifique, o no, un acontecimiento futuro e incierto. Normas positivas. Pendiente esta condición, el acreedor puede

realizar todos los actos conservatorios legales para garantía de sus derechos e intereses. Si la condición se cumple, el derecho se consolida. Si no se cumple, la obligación se considera como si nunca se hubiera formado".

Como ya lo hemos indicado, la "Asistencia Técnica" comprende una variedad de servicios los cuales deberán ser prestados una vez que el hecho futuro e incierto (robo, hurto, cambio de domicilio del cliente, daño del control remoto) ocurra, configurándose una obligación condicional entre CONECEL y el usuario, por consiguiente la prestación de la Asistencia Técnica queda suspendida al acontecimiento de los eventos futuros que la componen que son explicados al cliente al momento de contratar su servicio, quien a través de la firma del contrato y su Anexo acepta el cobro de este valor. Vale la pena precisar que al ser una obligación CIVIL condicional, nunca se lo puede catalogar como un servicio que, para ser facturado y cobrado deba ser prestado, justamente por la condición suspensiva que reviste este beneficio. Se precisa que la obligación de cobrar por servicios efectivamente prestados indicados en la LOT, son única y exclusivamente para Servicios de Telecomunicaciones.

El cliente para hacer uso de los servicios comprendidos en la Asistencia Técnica debe seguir los siguientes pasos:

1. Cliente llama al *500 o se acerca a Centro de Atención al Cliente CAC.
2. Solicita el servicio en específico: traslado, reubicación o menciona un problema técnico para determinar si necesita un mantenimiento.
3. Se genera una Solicitud de Orden de Trabajo SOT, con la que se agenda una fecha de visita.
4. Se llama al cliente un día antes a fin de confirmar la visita
5. El día de la visita se acerca el técnico, realiza lo que indique la Solicitud de Orden de Trabajo SOT.
6. Técnico hace firmar la Solicitud de Orden de Trabajo SOT.

Esta modalidad de servicios que operan bajo el cumplimiento de una condición, es una práctica usual en el mercado de Televisión Satelital, así por ejemplo la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT E.P. oferta su servicio "Asegura tus equipos" el cual trata sobre el seguro de los decodificadores por robo y traslados de ubicación, el Grupo TVCABLE tiene su servicio denominado "Asistencia TV" el cual consiste en un seguro y servicios de reparación de electrodomésticos que se encuentren en el domicilio y taller del cliente; por otra parte DIRECTV ofrece a sus usuarios "Planes de Servicio Técnico" los cuales radican en la entrega de asistencia, técnica, visitas, cambios de equipo. Para constancia de lo descrito en este párrafo, se adjunta como elementos probatorios (Anexo 1) las constancias notariales de las páginas web de los prestadores de servicio antes indicados.

2.3. Prestación efectiva del servicio Asistencia Técnica al señor Rodríguez

La infracción de la cual se nos imputa, de forma inmotivada, según el Acto de Apertura es el *cobro por servicios no contratados o no prestados 1*, sobre los primeros no cabe duda de la real adquisición de estos servicios, muestra de aquello son los contratos debidamente suscritos por el señor Christian Rodríguez, los cuales se los adjunta en fiel copia como elemento probatorio (Anexo 2).

Sobre los servicios no prestados debemos aclarar a su Despacho que CONECEL si brindo la "Asistencia Técnica" al señor Rodríguez el 31 de diciembre de 2014, tal como se desprende de la Solicitud de Orden de Trabajo SOT (Anexo 3) en la que se detalla la reubicación de la antena circular, por cuanto el cliente la había movido del lugar donde inicialmente había sido instalada.

Señor Coordinador Zonal 2, es un acierto consagrado en la doctrina a nivel mundial que las normas que se refieren a las sanciones administrativas en cuanto a su previsión legal, su graduación y cuantía pertenecen a la especie "sancionadoras" y siguen el mismo régimen jurídico-constitucional de las normas penales a las que se refieren las reglas del debido proceso.

El Código Orgánico Integral Penal (COIP) en su artículo 18, define a la infracción penal como *la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra en este Código*. La doctrina penal se ha encargado de desarrollar todos estos elementos, sin embargo para fines del presente escrito nos centraremos en el primero: la conducta.

Entiéndase como conducta *"acciones y omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables"*. 15, aterrizando este concepto al Derecho Administrativo Sancionador es acertado afirmar que para la configuración de una infracción administrativa debe existir en primera instancia un acto u omisión, sin presencia de este elemento la tipicidad, anti juridicidad y culpabilidad no existirían.

Aplicando estos conceptos al Procedimiento Sancionatorio en referencia, y sin que ello implique el menoscabo de nuestra postura descrita en el literal antes tratado, tenemos que para que se configure la infracción descrita en el artículo 118 de la LOT, CONECEL debía haber cobrado al cliente por servicios no contratados o no prestados. Respecto a los no contratados esto ya quedó dilucidado en el párrafo inicial de este literal; en cuanto a la no prestación del servicio, este escenario queda totalmente desecho por cuanto nuestra representada si prestó el servicio de Asistencia Técnica de forma efectiva al señor Christian Rodríguez, tal como se lo ha evidenciado en la Solicitud de Orden de Trabajo remitida como elemento probatorio.

En consecuencia de todo lo descrito en este literal, al no existir una acción/omisión por parte de CONECEL que vulnere los derechos del usuario, no se configura la infracción administrativa y por ende no debe existir sanción o reproche alguno.

3. DE NUESTRA SOLICITUD

Solicitamos se inhíba de continuar con la sustanciación de este Procedimiento Administrativo Sancionatorio, por cuanto estaría incurriendo en un vicio de nulidad de pleno derecho no subsanable, contemplado en el artículo 129 del ERJAFE literal b) y en base a que vuestro Despacho no es la entidad competente en razón de la materia; subsidiariamente, al haberse transgredido el principio de legalidad rector de la competencia administrativa; y al estar carente de motivación por cuanto no se detalla con precisión la infracción imputada, solicitamos al archivo de este Procedimiento.

Complementariamente, toda vez que hemos evidenciado que la Asistencia Técnica es una obligación condicional que tiene CONECEL con el cliente y que este servicio fue efectivamente contratado y prestado por nuestra representada, solicitamos que

se ordene el archivo del expediente de juzgamiento iniciado con Boleta Única ARCOTEL-2015-CZ2-00025.”

Hasta aquí lo fundamental de la contestación la misma que será analizada conjuntamente con las demás pruebas.

3.2 INFORME TÉCNICO A LA CONTESTACIÓN DADA POR CONECEL S.A.

Con la contestación dada por la operadora OETECCEL S.A., se ha corrido traslado a la Unidad Técnica de la Zona 2 de ARCOTEL, la misma que por intermedio del técnico Ing. Pablo Lasso ha determinado fundamentalmente lo siguiente:

“ INFORME REVISIÓN CONTESTACIÓN PROVISTO POR CONECEL S.A. CASO SEÑOR CHRISTIAN RODRIGUEZ

ANTECEDENTES

Informe IT-CZ2-C-2015-1061 de 16 de julio de 2015, en el cual se recomienda *“Realizar un análisis jurídico de los cobros que efectúa CONECEL S.A. debido al concepto de ASISTENCIA TÉCNICA”* puesto que CONECEL S.A. está realizando cobros por acontecimientos que eventualmente podrían ocurrir.

Memorando Nro. ARCOTEL-CZ2-2015-0341-M de 16 de julio de 2015, con el cual se pone en conocimiento al Dr. Jaime Ordóñez Profesional Jurídico 3, servidor de la Coordinación Zonal 2 respecto al contenido del informe IT-CZ2-C-2015-1061_AVIS_CONECEL_Reclamo_cobros_asistencia_técnica-02072015 a fin de que sea analizado bajo las competencias que le asisten a la Unidad Jurídica de la Coordinación Zonal 2.

Con fecha 16 de octubre de 2015 se emite el ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR No. ARCOTEL-2015-CZ2-0025 y que hace referencia al reclamo presentado en la Dirección Nacional de Atención al Usuario por el señor Christian Rodríguez con ticket No. DIS-112138.

Con fecha 10 de noviembre de 2015 y número de trámite de ingreso ARCOTEL-2015-014056, se recibe en la ventanilla de documentación y archivo de ARCOTEL la respuesta al acto de apertura del procedimiento administrativo sancionador No. ARCOTEL-2015-CZ2-0025.

ANÁLISIS TÉCNICO DE LA CONTESTACIÓN DEL ACTO DE APERTURA ARCOTEL-2015-CZ2-0025 REMITIDA POR CONECEL S.A.

Una vez que se ha revisado toda la información contenida en la contestación al acto de apertura y que está debidamente suscrita por Rosa Virginia Nakagawa Morales en su calidad de apoderada especial de CONECEL S.A., es necesario desde el punto de vista técnico consignar los siguientes criterios en relación al documento de contestación.

En la Ley Orgánica de Telecomunicaciones se define en el artículo 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....”, “Las redes e infraestructura usadas para la prestación de servicios de radiodifusión sonora y televisiva y las redes e infraestructura de los sistemas de audio y vídeo por suscripción, están sometidas a lo establecido en la presente Ley”.

Además en el artículo 36 numeral 2.2 se establece “Servicios por suscripción: Son aquellos servicios de radiodifusión que solo pueden ser recibidos por usuarios que previamente hayan suscrito un contrato de adhesión”.

El contrato de adhesión suscrito por el señor Rodríguez hace referencia exclusivamente en su cláusula tercera “OBJETO DEL CONTRATO: Por este contrato CONECEL, prestará a EL CLIENTE el servicio de Televisión Satelital bajo los alcances establecidos en el Plan Contratado señalado en el/los ANEXO/S que suscriba el cliente.”

En el ANEXO A del contrato suscrito entre el señor Rodríguez y CONECEL S.A. consta la DESCRIPCIÓN DEL SERVICIO SATELITAL POR SUSCRIPCIÓN en el que el prestador hace constar los siguientes ítems:

DETALLE DEL SERVICIO PAQUETES ADICIONALES

OTROS, en este último manifiesta como NOMBRE DEL SERVICIO el de Asistencia Técnica como parte integrante del Servicio Satelital por Suscripción.

Por otra parte en el documento se Anexa, una Solicitud de Orden de Trabajo de fecha 31 de diciembre de 2014 en la cual CONECEL S.A. deja constancia de que en dicha fecha a través de la contratista ITELBAS procede a reubicar la antena a través de la cual el usuario recibe el servicio de Televisión Satelital.

Finalmente, los argumentos presentados por CONECEL S.A. en el documento ingresado a ARCOTEL el 10 de noviembre pasado, son casi en su totalidad cuestiones jurídicas, consecuentemente el análisis técnico solicitado es limitado y únicamente complementa lo manifestado en informe IT-CZ2-C-2015-1061.

CONCLUSIONES

- CONECEL S.A. ha empaquetado en el Contrato para la Prestación del Servicio Satelital un servicio que efectivamente no es de telecomunicaciones, sin embargo por la condición antes expuesta el paquete ofrecido debe ser controlado integralmente por ARCOTEL a pesar de que el usuario tenga la potestad o no de recibir dicho servicio.
- Existe una evidencia documental en la contestación remitida por CONECEL S.A. respecto a que el servicio denominado Asistencia Técnica si fue utilizado al menos una vez por parte del señor Rodríguez, dentro del periodo en que el contrato ha permanecido vigente, desvirtuándose el hecho de que el servicio no fue prestado.

RECOMENDACIÓN

Es necesario complementar el presente informe con el análisis legal que corresponda y se establezca si los argumentos presentados por CONECEL S.A. en el documento contestación al ACTO DE APERTURA DEL PROCEDIMIENTO

ADMINISTRATIVO SANCIONADOR No. ARCOTEL-2015-CZ2-0025 justifican el cometimiento o no de una infracción.”

3.3 PRUEBAS

Con la contestación dada por la operadora CONECEL S.A. 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 IT-DCS-C-2015-1061, de 16 de julio del 2015
- b.- Comparecencia por parte de la empresa CONECEL S.A. con escrito ingresado en fecha 10 de noviembre del 2015, con número de trámite ARCOTEL-2015-014056.
- c.- Se ha practicado la prueba solicitada en todo lo que ha sido pertinente y se ha recibido la alegación verbal el 18 de noviembre del 2015
- d.- Informe Técnico a la contestación dada por la operadora CONECEL S.A., enviado mediante Memorando ARCOTEL-CZ2-2015-0944-M, de 15 de diciembre del 2015.
- e.- Informe Jurídico ARCOTEL-2015-JCZ2-R-039, en que se hace una análisis de todas las constancias procesales el mismo que será considerado dentro de la Motivación a la presente Resolución.

4 MOTIVACIÓN

Como consecuencia de la contestación dada por la Operadora CONECEL S.A., el Informe Técnico intermedio y el informe jurídico, a más de los documentos existentes y que fueron fundamento de la Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador, las demás constancias existentes dentro del procedimiento administrativo, es necesario considerar lo siguiente:

- a.- La comparecencia al procedimiento por parte de la Operadora de SMA CONECEL S.A., representada por la señora ROSA VIRGINIA NAKAGAWA MORALES, no se encuentra debidamente legitimada por las siguientes razones:
 - Se adjunta un poder de 30 de julio del año 2013, celebrado ante el Notario Doctor Humberto Moya Flores, para que represente a la compañía ante las autoridades públicas y privadas del sector de las telecomunicaciones (tales como Ministerio de Telecomunicaciones, Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, Superintendencia de Telecomunicaciones, Consejo Nacional de Telecomunicaciones), para iniciar o comparecer a cualquier proceso en sede administrativa ante cualquier autoridad pública de las telecomunicaciones, contestando boletas, requerimientos, presentando recursos, etc.

En este sentido se considera que el poder para comparecer a los procedimiento administrativos sancionatorios, debe actualizarse por cuanto las entidades de las telecomunicaciones referidas en foja tres (3) del poder que se presenta, ya

desaparecieron y actualmente les sucede la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, Organismo creado por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en su artículo 142, en febrero 18 del 2015.

Por otro lado los procedimientos administrativos sancionatorios se inician por un acto administrativo denominado Acto de apertura del Procedimiento Sancionador, y su procedimiento es ya completamente distinto al que existía antes.

El poder especial otorga una representación a la señora Rosa Virginia Nakagawa, y se debe probar si tiene o no facultad para intervenir en el acto concreto del procedimiento administrativo sancionador o no tiene poder suficiente o hay insuficiencia de poder.

El poder tiene que ser actualizado o podría incluso constituir una incapacidad legal para asistir al procedimiento.

b.- En cuanto a la nulidad procesal por falta de motivación se debe manifestar lo siguiente:

- En primer lugar, existe una definición de acto administrativo como que es la voluntad de la administración que causa efectos jurídicos directos y de orden particular.

Esta definición de acto administrativo no puede ser aplicada al Acto de Apertura del Procedimiento Administrativo, ya que este, es parte del procedimiento administrativo que es la suma de una cantidad de actos de mero trámite o actos de simple administración como lo determina el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, y son los que forman la voluntad de la administración.

Por estas consideraciones no se puede aplicar una definición de acto de manera general al acto de apertura de un procedimiento administrativo.

- Además es necesario considerar lo que es la motivación, por lo que es preciso indicar lo siguiente:

Existen actos de simple administración como son los informes técnicos y jurídicos que han sido incorporados al acto administrativo de apertura del procedimiento, que sirven de elementos de motivación del acto por lo tanto no se puede considerar un elemento aislado si todos los elementos son parte y sustento de la motivación.

Para esta autoridad la motivación la componen tres elementos que son:

- Los antecedentes de hecho o fácticos;
- La relación de los primeros con el derecho; y,
- Las consecuencias jurídicas en caso de haberlas, que sanciones se debe aplicar a cada caso de conformidad con la ley.

Estos tres elementos se han respetado dentro del presente procedimiento administrativo conjuntamente con las demás garantías del debido proceso.