



Quito, 02 de julio de 2018

GR-1175-2018

Señor Ing.

WASHINGTON CARRILLO

Director Ejecutivo

Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL

Presente. -

Ref.- Comentarios al proyecto de "NORMA TÉCNICA QUE REGULA LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN, DEL CONTRATO NEGOCIADO CON CLIENTES, Y DEL EMPADRONAMIENTO DE ABONADOS Y CLIENTES"

De mi consideración:

CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL (en adelante "CONECEL"), debidamente representado por **VÍCTOR MANUEL GARCÍA TALAVERA**, en calidad de Apoderado Especial, según se desprende del Poder N° P00780 otorgado ante la Notaria Dra. María Tatiana García Plaza, N° 23 de Guayaquil, ante usted comparezco y señalo lo siguiente:

Habiéndose publicado en la página web de ARCOTEL, el proyecto de "**NORMA TÉCNICA QUE REGULA LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN, DEL CONTRATO NEGOCIADO CON CLIENTES, Y DEL EMPADRONAMIENTO DE ABOANADOS Y CLIENTES**" (en adelante la "**Norma Técnica de Contratos**"), dentro del procedimiento de consultas públicas previsto en la Ley, en el plazo establecido, presentamos las siguientes observaciones y comentarios a la misma.

I. EL PROYECTO DE NORMA TÉCNICA ES EN REALIDAD UN REGLAMENTO, QUE DEBE EMITIRLO EL DIRECTORIO.

Consideramos que por sus efectos, alcance y ámbito, el proyecto de norma técnica constituiría un acto normativo cuyos efectos jurídicos y fácticos alcanzan a terceros directamente, por lo que debería ser emitido en forma de Reglamento y no como Norma técnica, y ser emitido por el Directorio de la ARCOTEL, en lugar de ser emitido por la Dirección Ejecutiva. Inclusive, algunas de las disposiciones incluidas requerirían de la Ley Orgánica para poder emitirse, de conformidad con la Constitución.

De emitirse el proyecto en forma de Norma Técnica, la Dirección Ejecutiva excedería su competencia normativa, invadiendo el ámbito delegado por el legislador al Directorio de

CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec





ARCOTEL, por lo que el acto sería nulo por falta de competencia en razón de la materia y grado.

Según el Art. 64 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva la manifestación de la voluntad de la administración se expresa de la siguiente forma:

Art. 64.- CATEGORIAS.- Las Administraciones Públicas Central e Institucional de la Función Ejecutiva sometidos a este estatuto manifiestan su voluntad jurídica de derecho público a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos, sin perjuicio de recurrir a otras categorías de derecho privado cuando tales administraciones actúen dentro de dicho campo. De conformidad con lo que dispone la Ley de Modernización del Estado, la extinción o reforma de los actos administrativos se rige por lo dispuesto en este estatuto, incluyendo los plazos para resolver y los efectos del silencio de la administración.

En concordancia, el ERJAFE en su artículo 84 se refiere a la competencia, diciendo:

"Art. 84.- DE LA COMPETENCIA.- La competencia administrativa es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo. La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se ejerzan en la forma prevista en este estatuto"

Cualquiera que sea la forma que adopten estas manifestaciones de la voluntad de la administración (resoluciones, reglamentos, circulares, instructivos, etc.), la doctrina distingue dos grandes categorías: los reglamentos y las circulares o instrucciones. Los reglamentos provienen del bloque de legalidad, limitados a lo que el legislador ha delegado, mientras que las demás normas de tipo interno provienen del principio de jerarquía del ordenante sobre sus inferiores jerárquicos, y constituyen el ámbito de acción de la potestad discrecional.

De esta forma, la concepción mayormente aceptada entiende que las circulares, instrucciones y normas técnicas, son normas que dictan las autoridades superiores en virtud de su potestad jerárquica o de mando dentro del margen de discrecionalidad que le entrega el ordenamiento, para la buena marcha y funcionamiento de la entidad pública.

Estos conceptos son recogidos en el artículo 80 del ERJAFE al definir los actos normativos diciendo:

Art. 80.- ACTO NORMATIVO.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa. De conformidad con la Constitución corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria. Un acto normativo no deja de ser tal por el hecho de que sus destinatarios puedan ser



CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec



individualizados, siempre que la decisión involucre a la generalidad de los diversos sectores.

Entonces, si el acto es una manifestación unilateral de voluntad, con efectos jurídicos generales y además tiene efectos jurídicos objetivos directos, el acto es indudablemente normativo y no un acto interno de administración ni un acto administrativo plasmado en una resolución. Por ende, su legitimidad no proviene del principio jerárquico de autoridad sino de una delegación expresa y específica del legislador.

En el presente caso, el proyecto de Norma Técnica establece verdaderas disposiciones reglamentarias, e inclusive prohibiciones, lo cual evidentemente corresponde a una Ley o al menos a un Reglamento.

De esta manera, si se emite este proyecto como una Norma técnica, se excedería el ámbito normativo interno o técnico, teniendo un alcance jurídico hacia terceros o inclusive alcance reglamentario interno, por lo que sería un acto reglamentario normativo que según la Ley Orgánica de Telecomunicaciones compete emitir al Directorio de ARCOTEL y no a la Dirección Ejecutiva, y en ciertos casos, a la Asamblea Nacional como expondremos más adelante en virtud del principio constitucional de reserva de ley.

Por ello, habría incompetencia en razón del grado y la materia. Esto debido a que el art. 146 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, dice:

"Art. 146.- Atribuciones del Directorio. Corresponde al Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones:

*7. Aprobar los **reglamentos previstos en esta Ley o los necesarios para su cumplimiento** y los **reglamentos internos** para el funcionamiento de la Agencia."*

Mientras que, respecto de las atribuciones del Director Ejecutivo, dice la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en su artículo 148 (siendo éste el citado como fundamento del Instructivo recurrido):

Art. 148.- Atribuciones del Director Ejecutivo. Corresponde a la Directora o Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones

*4. Aprobar la normativa para la prestación de cada uno de los servicios de telecomunicaciones, en los que se incluirán los **aspectos técnicos, económicos, de acceso y legales**, así como los requisitos, contenido, términos, condiciones y plazos de los títulos habilitantes y cualquier otro aspecto necesario para el cumplimiento de los objetivos de esta Ley.*

(...)

CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec





11. Aprobar la **normativa interna**, suscribir los contratos y emitir los actos administrativos necesarios para el funcionamiento de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Como se podrá apreciar, los citados artículos de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones contienen dos delegaciones normativas dirigidas a dos estamentos distintos de la ARCOTEL. Las facultades reglamentarias previstas en la Ley, aquellas necesarias para el cumplimiento de las disposiciones de dicha ley e inclusive aquellas reglamentaciones internas, son delegadas por el legislador expresamente al Directorio. La delegación conferida al Director Ejecutivo, en cambio, se refiere a normativa interna y a la emisión de actos administrativos para el funcionamiento de la ARCOTEL.

En el caso de la regulación de la libertad contractual, como es el caso del presente proyecto de normativa, es claro que este excede las facultades delegadas a la Dirección Ejecutiva, así como las propias de una norma técnica, para invadir aspectos que le competen solamente a la ley, y solamente en caso de delegación expresa, al Reglamento.

II. LA REGULACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN Y LOS MODELOS DE CONTRATO DE ADHESION NO ES UNA NORMA DE CARACTER TÉCNICO.

En adición y complemento de lo expuesto anteriormente, debemos decir que la regulación del contenido de los contratos, y por ende, del derecho de libertad de contratación del que gozamos los administrados, no es una regulación de tipo técnico, por lo que no debería emitirse en forma de norma técnica.

Si bien la LOT y su reglamento no contienen disposiciones que definan lo que es una regulación técnica, esta definición la encontramos en el Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en sus artículos 49 y 50, que dicen:

*"Art. 49.- Regulación sectorial.- **La regulación técnica, económica y de acceso a insumos e infraestructura en cada uno de los sectores regulados corresponderá a la agencia de regulación y control o al órgano del poder público competente** para emitir dicha regulación de conformidad con la ley. La regulación para la aplicación de la Ley respecto al control del abuso de poder de mercado y demás prácticas restrictivas tipificadas en la Ley en los sectores regulados corresponderá a la Junta de Regulación."*



El juzgamiento y sanción de las infracciones establecidas en la Ley corresponderá exclusivamente a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.

Art. 50.- Ámbitos de la regulación sectorial.- La regulación sectorial incluirá al menos los siguientes ámbitos:

CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec



a) *Regulación económica, consistente en adoptar medidas para establecer tarifas o precios regulados, evitar distorsiones en los mercados regulados, evitar el reforzamiento del poder de mercado o garantizar el acceso de los usuarios a los servicios públicos.*

b) **Regulación técnica, consistente en establecer y supervisar las normas para garantizar la compatibilidad, la calidad del servicio y solucionar las cuestiones relacionadas con la seguridad y el medio ambiente.**

c) *Regulación del acceso, consistente en asegurar el acceso no discriminatorio a los insumos necesarios, en especial a infraestructuras que constituyan facilidades esenciales.*

Es decir, la regulación de los contenidos de los contratos no es bajo ningún concepto una norma de carácter técnico, pues las disposiciones contenidas en el proyecto no se relacionan con la compatibilidad, calidad ni seguridad en la prestación de los servicios.

III. EL PROYECTO CONTIENE DISPOSICIONES CONTRARIAS AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE RESERVA DE LEY, QUE REQUERIRÍAN DE LEY PARA EMITIRSE.

Nuestra Constitución reconoce el principio de reserva de ley en su artículo 132: "Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos: 1. **Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.** 2. **Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.** (...)"

En este caso, el proyecto enviado infringe en algunos artículos los numerales uno y dos de este artículo constitucional, por cuanto estaría regulando el derecho de libre contratación reconocido en el artículo 66 numeral 16 de la Carta Magna¹, así como establece prohibiciones e infracciones que restringen o regulan dicha libertad de contratación.

El proyecto hace referencia a condiciones que "se considerarán nulas", a prohibiciones de hacer o no hacer tanto para usuarios como para operadoras, así como indica que ciertos cobros sobre obligaciones "no se podrán hacer" luego de un cierto plazo, entre otras disposiciones que implican regulación de los derechos de libertad de contratación, trabajo remunerado y expresión reconocidos en el artículo 66 y otros de la Constitución, así como en el artículo 8 del Código Civil². Por esto, tendría un alcance regulatorio que le está vedado a una norma técnica o reglamentaria, pues la constitución lo ha reservado expresamente para la Ley.



¹ Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 16. El derecho a la libertad de contratación.

² Art. 8.- A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley.

CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec



Por esta razón, en virtud del principio de legalidad y de reserva de ley, varias normas incluidas en el proyecto excederían la competencia regulatoria de la Dirección Ejecutiva de ARCOTEL.

En adición a esto, cabe decir que mediante estas disposiciones se podría estar contraviniendo el derecho a la autonomía de la voluntad y a la legislación contractual en materia civil, que, en el Código Civil estructura claramente la teoría del negocio jurídico, que reconoce la validez de los actos y declaraciones de voluntad³, siendo sus elementos esenciales o naturales a) la declaración de voluntad, b) el objeto, c) la causa, y d) la forma, relevante esta última solamente en los negocios jurídicos denominados ad solemnitatem, como la venta de inmuebles por ejemplo.

No debe perderse de vista que la Constitución de la República también establece en su art. 66 numeral 29 el derecho a "d) *Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.*"

En nuestra legislación, este derecho se encuentra desarrollado ampliamente en el Código Civil y el Código de Comercio, en los que se reconoce la validez de los contratos en cualesquiera forma que se expresen, incluso verbal, telemática, escrita, o incluso de adhesión. Basta que el consentimiento sea expresado mediante una declaración de voluntad, libre de vicios de error, fuerza o dolo, y que esté destinada a producir un efecto jurídico pretendido por su autor. En materia contractual privada, como es la relación entre usuarios y proveedores, rige el principio de autonomía de la voluntad, por lo que mal podría mediante una norma técnica que tiene rango de resolución, requerirse como esenciales unas formalidades no establecidas en la ley.

La norma técnica, en cambio, si puede regular cómo se reporte o controle la existencia de este consentimiento, pero no puede limitar los medios por los que éste se llegue a expresar.

Por estas razones, es recomendable reformular integralmente el "*Proyecto de norma técnica que regula las condiciones generales de los contratos de adhesión y del contrato negociado con clientes*"



IV. EL PROYECTO CONTIENE NORMAS DE TIPO REGLAMENTARIO QUE CORRESPONDERÍAN A OTROS CUERPOS NORMATIVOS

³ Art. 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

Que sea legalmente capaz;

Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec



En adición a lo expuesto, vemos que el proyecto de Norma Técnica establece condiciones, derechos y obligaciones, referentes tanto a usuarios como a operadores, que repiten innecesariamente textos de otros cuerpos normativos, tales como leyes y reglamentos, particularmente del Reglamento General a la LOT y de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Si se tratase de una norma técnica, este tipo de disposiciones serían innecesarias.

Varias de las disposiciones incluidas en el proyecto, serían más propias de reglamentos de abonados, de mercados, entre otros.

Por ejemplo, se incluye una disposición sobre acumulación de saldos, que amplía el alcance de Resoluciones del Ex Conatel; se incluye una definición restrictiva de la modalidad prepago; no se considera la existencia de una tarifa básica prevista en los Contratos de Concesión; se limita la posibilidad de que el usuario preste su consentimiento "por cualquier medio" como indican los Contratos de Concesión, entre otras disposiciones.

V. EL PROYECTO CONTIENE NORMAS QUE SON CONTRARIAS AL CONTRATO DE CONCESIÓN.

No se debe perder de vista que las relaciones entre el Estado y CONECEL se encuentran sujetas en primer lugar al Contrato de Concesión, y se hallan sujetas a la LOT solamente en aquellas áreas no cubiertas por una cláusula de estabilidad jurídica.

Vemos que el proyecto de norma técnica contiene disposiciones que son contrarias al Contrato de Concesión, como por ejemplo la referencia a la acumulación de saldos en todo mercado sujeto a esta norma, algo que no está previsto en el contrato.

Al respecto, la Cláusula 41.4 del Contrato de Concesión indica que:

"A más de los Planes Tarifarios que se establezcan conforme al numeral cuarenta y cuatro punto 2 (44.2), los usuarios tienen derecho a disponer de planes Tarifarios que consideren la acumulación de saldos no utilizados, por lo cual la Sociedad Concesionaria está obligada a crearlos en el Plazo de setenta (70) días contados a partir de la Fecha de Entrada en Vigencia. La acumulación de saldo es obligatoria en prepago, y, tanto en pospago como en prepago, se aplicará mientras la línea se encuentre catalogada como activa (...)"

Es decir, se estableció una obligación de mantener disponibles cierto tipo de planes que anteriormente no existían, en los que se considere la acumulación de saldos no utilizados. Sin embargo el contrato es claro al decir que este tipo de planes son adicionales ("A más de") respecto de aquellos establecidos según el numeral cuarenta y cuatro punto 2 del Contrato, referente a que:

CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec





"La Sociedad Concesionaria podrá establecer Planes Tarifarios de prepago, pospago o una combinación de estos, bajo su responsabilidad y de acuerdo a sus planes y estrategias de negocios. En los Planes Tarifarios la Sociedad Concesionaria podrá establecer una tarifa básica mensual, con o sin derecho a minutos libres de llamadas, cumpliendo con lo que establece el numeral cuarenta y cuatro punto tres (44.3) de la presente cláusula. Dichos planes estarán a elección de los Usuarios, a quienes se informará detalladamente sobre sus condiciones. Los Planes Tarifarios pueden comprender uno o más Servicios Concesionados"

Siendo claro entonces que el Contrato ni siquiera establece una obligación de que "todos" los planes tarifarios contemplen la acumulación de saldos, solamente prevé la obligación de crear planes que incluyan esta posibilidad, en adición a los demás planes. Es más, la obligación de acumulación solamente es aplicable a la modalidad prepago según el Contrato de Concesión.

Otro punto que llama la atención por ser contrario al Contrato y a la práctica internacional, es el tratamiento que se da a la modalidad prepago, pues las normas aquí incluidas tenderían a imponer formalidades a un segmento cuya esencia misma es la ausencia de ellas, requiriendo que se procure firmar un contrato escrito con cada cliente, lo que implica además una obligación de archivo y de entregar una copia sumillada al cliente.

Esto es irreal, contrario a la naturaleza del segmento prepago, y desnaturalizaría el mismo a tal punto de poner en riesgo su viabilidad. No debe perderse de vista que inicialmente no existía la modalidad prepago, sino que únicamente la telefonía móvil se prestaba bajo contratos mensuales en modo pospago. La modalidad prepago se introdujo como un sistema de democratización del acceso a la telefonía celular a finales de los años noventa, y permitió que una gran masa poblacional que no podía comprometerse a un contrato con pagos mensuales (considerando que aún a la fecha cerca del 55% de los ecuatorianos no cuenta con un empleo adecuado), pueda acceder a la tecnología.

Disposiciones como las que se encuentran en este reglamento podrían afectar precisamente a este segmento de la población, que no está en condiciones de comprometerse contractualmente a mediano ni largo plazo.

VI. EL PROYECTO MEZCLA INCONVENIENTEMENTE VARIOS TIPOS DE SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES BAJO UNAS REGLAS COMUNES.

A más de lo expuesto, consideramos inconveniente tratar bajo un único texto normativo y bajo unas únicas reglas generales a varios tipos de servicios de telecomunicaciones que por su propia naturaleza económica, tecnológica y jurídica, son diametralmente distintos, particularmente desde el punto de vista de una regulación de tipo *ex ante* como la que se plantea.



CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec



La telefonía móvil y la telefonía fija requieren de tecnologías distintas, no se diga la televisión por suscripción respecto de la prestación del SMA. Las obligaciones regulatorias son distintas, las obligaciones tributarias son distintas, los riesgos y necesidades de inversión son distintos, y por ende, las previsiones contractuales que deben tomarse son diametralmente distintas.

Por ejemplo, en materia de telefonía es importante la interconexión entre las redes, mientras que esto resulta irrelevante en materia de televisión por suscripción. En materia de televisión por suscripción HFC, resulta relevante el tendido de cableado y el acceso a ductos, lo cual es casi irrelevante para el SMA.

Asimismo, los riesgos incurridos en los contratos con los usuarios son diferentes y se deben proteger contractualmente de forma distinta. Una cosa es vender un teléfono celular y otra distinta un servicio de televisión paga que requiere de un decodificador y una antena satelital. Las incidencias de esto en la cartera vencida se reflejan claramente en el hecho de que los no pagos por equipos terminales celulares vendidos con financiamiento son elevados.

Algo similar ocurre con los costos de instalación y de reactivación. En el caso de la televisión por suscripción, se requiere de inspecciones, personal técnico, configuración, etc. ausentes en otros servicios. Todos estos son elementos de costos que no es conveniente mezclar, precisamente, para evitar que se incremente los mismos y se vean afectados los usuarios.

Por esto, no consideramos correcto que se haga un trato único en un solo cuerpo normativo sobre contratos de adhesión, de todos los servicios de telecomunicaciones.

VII. EL PROYECTO CONTRAVIENE LA POLÍTICA PÚBLICA DE TELECOMUNICACIONES 2017-2021 DICTADA POR EL MINTEL.

El proyecto tal como está planteado, es contrario a la política pública de telecomunicaciones 2017-2021 expedida por el MINTEL, que es vinculante para la ARCOTEL.

Particularmente, la política pública número 3, que dice:

"Promover el servicio universal de las TIC en la población, con énfasis en los sectores rurales, urbano marginales, propiciando la inclusión con pertinencia de género, intergeneracional, pueblos y nacionalidades, movilidad humana, discapacidad, grupos de atención prioritaria y actores de la economía popular y solidaria, de forma eficiente y sostenible; a través de tecnologías que tiendan a ser innovadoras y amigables con el medio ambiente, que contribuyan al desarrollo socio-económico del país"



En concordancia, la Política No. 3 para la promoción de las Tecnologías de Información y Comunicación, es:

CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec



"Fomentar el desarrollo de un ambiente propicio de negocios que permita impulsar la industria TIC, innovar el ecosistema digital y acceder a nuevos mercados."

Para alcanzar estos objetivos de política pública, se ha establecido como lineamientos, entre otros:

- "b) Promover la adopción de nuevas tecnologías por parte de la población.*
- c) Impulsar mecanismos que fomenten la adquisición de equipamiento tecnológico por parte de la ciudadanía,*
- d) Estimular el desarrollo de soluciones tecnológicas especializadas para los grupos prioritarios.*
- i) Impulsar mecanismos que permitan la masificación del acceso a Internet a través de la implementación de puntos de acceso libre en espacios públicos y privados."*

Evidentemente, la pretendida obligación de sujetar la modalidad prepago a la suscripción de contratos va en contra del fomento de adquisición de equipamiento tecnológico de la ciudadanía, así como la estandarización de contratos entre varios servicios distintos es contraria a la obligación de estímulo de soluciones tecnológicas especializadas.

VIII. EL NEGOCIO JURÍDICO Y SU PERFECCIONAMIENTO MEDIANTE LA ACEPTACIÓN EXPRESA Y VERBAL

- **Noción del Acto o Negocio Jurídico**

El negocio jurídico es la manifestación de voluntad directa encaminada a producir efectos jurídicos.

- **Sujeto Jurídico**

Considerando que el ser humano es el ente sobre el que se estructura la figura "sujeto de derecho" históricamente a ambos se les asigna la calificación de "persona"; sin embargo en derecho, "persona" tiene una connotación distinta a la interpretación natural.

En términos simples debemos entender por persona a **"todo ente capaz de ser sujeto de derecho y obligaciones"**. Aceptando dentro de esta definición que el mundo del derecho se encuentra poblado por infinidad de sujetos y que se caracterizan e identifican entre sí por una misma carta de naturaleza "la capacidad jurídica". Entendiendo a esta última como la aptitud que tienen todas las personas o sujetos de derecho para ser titulares de derechos y obligaciones de manera directa o por intermedio de representante legal.



En términos de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, los sujetos jurídicos son:
CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec



- a) *Usuario es toda persona natural o jurídica consumidora de servicios de telecomunicaciones. El usuario que haya suscrito un contrato de adhesión con el prestador de servicios de Telecomunicaciones, se denomina abonado o suscriptor y el usuario que haya negociado las cláusulas con el Prestador se denomina Cliente. Y;*
- b) *Los prestadores de servicios de telecomunicaciones⁴, en este caso CONECEL S.A.*

- **Proceso de los Actos**

El proceso de exteriorización de la voluntad de la persona, es un procedimiento interno en la cual la mente concibe la idea, le combina con otras que motivan hasta llegar a un juicio favorable y nace el motivo en un fuero interno. Este proceso es absolutamente irrelevante para el derecho, pues éste manifiesta interés por aquellos aspectos del acto que tienen inherencia en la vida social.

Es así como para la validez del acto jurídico se exige un cierto grado de conocimiento y libertad entre las partes; la inexistencia de alguno de estos, es recogida por la teoría tradicional como vicios del consentimiento (error, fuerza⁵ y dolo⁶); vicios que nacen del error⁷, ignorancia⁸ y miedo. Es pertinente sentar que el error o ignorancia **en derecho** no es considerado por nuestro ordenamiento jurídico como un vicio⁹, puesto que el mismo ordenamiento recoge la máxima que "la ignorancia de la ley no es excusa de su cumplimiento"; por lo tanto solo nos queda el error o ignorancia sobre el hecho. ¿Sobre cuál hecho? El error sobre la naturaleza del hecho, sobre la identidad de la cosa, o sobre la cualidad esencial de la cosa¹⁰. En el resto de errores o ignorancia sobre hechos, es INDIFERENTE, es decir, no se tiene por vicio en el consentimiento.

En materia de Telecomunicaciones la Ley Orgánica de Telecomunicaciones precautelando la inexistencia de error o ignorancia por parte del usuario de los servicios de telecomunicaciones que brindan los prestadores, estipula:

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

⁴ Toda persona natural o jurídica de carácter público o privado, habilitada legalmente para la prestación y operación de los servicios de telecomunicación eso de valor agregado.

⁵ Codificación 10 Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005. Artículo 1472.- La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave (...).

⁶ Codificación 10 Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005. Artículo 1467.- Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo.

⁷ El error consiste en la discrepancia entre el concepto con la realidad que este pretende representar.

⁸ Es la ausencia misma del concepto.

⁹ Codificación 10 Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005. Artículo. 1468.- El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

¹⁰ Codificación 10 Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005. Artículo 1470.- El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante. El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.

CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec





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

2. A escoger con libertad al prestador del servicio, el plan de servicio, así como a la modalidad de contratación y el equipo terminal en el que recibirá los servicios contratados.

5. A obtener información precisa, gratuita y no engañosa sobre las características de los servicios y sus tarifas. La información también se proveerá en el idioma de relación intercultural predominante del abonado, cliente o usuario, de conformidad con las regulaciones que para el efecto emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Aspectos que fueron secundados en el Reglamento abonados servicios telecomunicaciones y valor agregado, de la siguiente manera:

DE LOS DERECHOS DE LOS ABONADOS/CLIENTES-USUARIOS

14.2 Escoger libremente el plan de servicio al cual estarán vinculados, así como a la modalidad de contratación, de entre los ofrecidos por el prestador del servicio.

Art. 15.- Acceso a la Información, contenidos y aplicaciones.-

15.1 Acceder a información veraz, clara, completa, actualizada, transparente, oportuna, eficaz y adecuada sobre las condiciones técnicas, jurídicas, económicas y comerciales, que le permitan conocer las características esenciales de los servicios que ofrezca el prestador (naturaleza, calidad, cantidad y tarifas), y a que dicha información esté reflejada en el contrato de prestación de servicios. El acceso a esta información será gratuito.

En igual sentido, el ordenamiento jurídico exige que el consentimiento (voluntad) sea libre, y para esto se erige a la fuerza y violencia como vicios del consentimiento, puesto que el ejercicio de alguno de ellos, engendra el miedo en la persona. Ahora bien, no toda fuerza es ilegítima.

En el proceso de exteriorización de la voluntad (libre de vicios) por una persona, también existe una estructuración. En primer lugar la manifestación es libre, pueden elegir a su arbitrio cualquier forma, mientras esta se traduzca en su voluntad irrefutable de querer participar en el negocio jurídico. Exteriorización que puede hacerla incluso el representante legal¹¹ en caso de alguna limitación para la persona.

Al respecto el Reglamento abonados servicios telecomunicaciones y valor agregado, expresa:

¹¹ Codificación 10 Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005. Artículo 1464.- Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, surte respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo.

CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec



Aceptación.- Manifestación expresa o tácita de la voluntad de contratar la prestación de servicios de telecomunicaciones o de valor agregado.

Finalmente y no por ello menos importante, es tener en cuenta el efecto de la manifestación de voluntad por parte de la persona con capacidad¹² para ello, los actos jurídicos suelen producir efectos legales que se atribuyen al querer, incluso aquellos que no los hayan previsto o que hubieran deseado descartarlos.

(...) Los modelos de contratos que utilicen los prestadores, serán aprobados por el CONATEL o la SENATEL de conformidad con lo establecido en la normativa o títulos habilitantes correspondientes, sin perjuicio de las obligaciones y prohibiciones contenidas en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en lo relativo a la protección contractual, tanto para la modalidad postpago como la prepago.

En los modelos de contratos deberán constar incorporadas las condiciones generales y básicas, así como las particulares propuestas por los prestadores de los mencionados servicios.(...)

En todo momento en que la "persona" ejerce su capacidad jurídica en un negocio jurídico, se presume que ha querido tanto los efectos previstos en ellos, como los atribuidos por la Ley o **contrato**.

- **Elementos del Acto o Negocio**

La voluntad es la sustancia del acto, comportamiento que se manifiesta y que debe existir realmente, no pudiendo ser suplantado por elemento distinto; es decir, en el derecho moderno no caben las *causa civilis obligandi* provenientes de *forma dat esse rei*.

¿Cómo se debe manifestar esa voluntad? Hemos sostenido que al derecho le son de interés las exteriorizaciones de voluntad y los efectos jurídicos que ello genera. Tal invitación del ordenamiento jurídico hace a las personas a que manifiesten su voluntad, debe ser clara e inteligible. Es imperioso resaltar que la claridad no se opone a la libertad de las personas que hoy en día se les reconoce para elegir a su arbitrio la forma de realizarla; así estos pueden empelar signos o realizar hechos¹³ que de acuerdo con la ley o con los usos comunes,



¹² Codificación 10 Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005. Artículo 1462.- Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces.

¹³ Reglamento abonados servicios telecomunicaciones y valor agregado Artículo. 11.- Reactivación del servicio contratado.- El servicio será reactivado, sin que medie petición expresa del abonado/cliente, en los siguientes casos: 1. Si la suspensión se debe a falta de pago, deberá reactivar el servicio **cuando se haya efectuado el pago total de la suma adeudada**, salvo que el prestador del servicio, reactive el mismo con el pago parcial o se haya suscrito un convenio de pago.

CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec



traduzcan inequívocamente la voluntad de actuar¹⁴. Legislaciones como Suiza, admiten incluso el silencio como manifestación válida para ciertos casos.

Consecuente con tal afirmación la normativa de Telecomunicaciones Ibídem, señala

Los mecanismos o procedimientos para la contratación de servicios adicionales a los contratados originalmente por el abonado/cliente, ya sea para la modalidad prepago como la pospago, deberán constar en los modelos de contratos de prestación de servicios (contratos de adhesión); dichos mecanismos o procedimientos deberán asegurar la plena identificación del abonado/cliente para la aceptación de las condiciones ofrecidas por el prestador de servicios.

Para fines de la contratación de servicios en modalidad pospago, podrán ser válidos todos los medios que aseguren la identificación plena y la aceptación de los términos y condiciones para las partes contratantes. En caso de utilizar medios electrónicos, los mismos deberán sujetarse a las disposiciones de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.

La contratación del acceso, descarga, recepción o cualquier modalidad de provisión de contenido dirigido al público adulto provisto por medio del Servicio Móvil Avanzado, deberá ser expresa, a pedido de los abonados/clientes.

Se puede afirmar con cierta validez, que la libertad que gozan hoy las personas para manifestar su voluntad en los negocios jurídicos es tan amplia como puede ser el propio objeto jurídico. Ello no obsta a que reconozcamos que la Ley y nada más que la ley, podría llegar a exigir ciertas solemnidades sin las cuales puede repercutir sobre la existencia y eficacia de dichos actos. Recordemos que solo la solemnidad ad substantiam, puede afectar la eficacia del acto.

"Art. 7.- Prestación de servicios de telecomunicaciones y de valor agregado contratados.-

No generarán obligaciones al abonado/cliente la prestación de servicios de telecomunicaciones, incluyendo los suplementarios, adicionales, de valor agregado o facilidades similares pre-establecidos o activados previamente por el prestador, y la contratación de aplicaciones, facilidades y servicios soportados en servicios finales, tales como: acceso a contenidos, descargas, y servicios adicionales suministrados por proveedores de contenido, independientemente de su tarifa o precio al abonado/cliente, sino cuentan con el consentimiento y aceptación previa por parte del abonado/ cliente.



¹⁴ Codificación 10 Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005. Artículo 1476.- Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.

CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec



El consentimiento, en caso de ser expresado telefónicamente, deberá ser grabado por el prestador del servicio, siendo necesario que la grabación sea audible y entendible y que se le haya informado cabalmente al abonado/cliente sobre las condiciones del servicio, su tarifa o precio y características¹⁵.

El texto up supra, **no deja lugar a dudas que la exteriorización del consentimiento debe ser expreso, sea este reducido a escrito o verbal**, ambas modalidades son legales. Tal afirmación no solo se sustenta en el Reglamento de abonados antes citado, sino también en el Código de Comercio, quien de manera reconoce las expresiones verbales expresas como un mecanismo de exteriorización de la voluntad, capaz de obligar a las partes, así:

Art. 141.- Para que la propuesta verbal de un negocio obligue a un proponente, debe ser aceptada inmediatamente por la persona a quien se dirige. En defecto de esa aceptación, el proponente queda libre.

- **Existencia y validez del Negocio Jurídico**

Existen condiciones para la existencia del negocio-acto jurídico, cuya inobservancia deviene en el no nacimiento del acto, es decir, no existen frente al derecho. Entendemos por tales condiciones a la Voluntad manifestada, el consentimiento, el objeto¹⁶ y la forma solemne. Así mismo existen condiciones vinculadas a la validez del negocio o acto, mismas que podemos resumir en la capacidad de la persona, ausencia de vicios en la voluntad, ausencia de lesión enorme, licitud del objeto, licitud de la causa y la plenitud de las *solemnidades prescritas por ley*.

- **Actos Jurídicos de Partes**

Las convenciones¹⁷ se suelen definir como “*acuerdos de las voluntades de dos o más agentes encaminados a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas*”. Pertenecen a este género todos los contratos, que son la fuente principal de las relaciones obligatorias. En cuanto a los efectos llamados a producir, la doctrina partiendo del postulado de la autonomía de la voluntad de las partes, les reconoce a las convenciones el más amplio campo de acción compatible con el orden público. Aspecto que se reconoce como la posibilidad de hacer o pactar todo lo que no esté prohibido.

Circunstancia que es reconocida en el Código Civil así

Art. 1749.- Pueden venderse todas las cosas corporales o incorporales, cuya enajenación no está prohibida por la ley.

- **Actos Jurídicos Formales**



¹⁵ Reglamento abonados servicios telecomunicaciones y valor agregado.

¹⁶ Codificación 10 Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005. Artículo 1478.- Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano.

¹⁷ El código Civil ecuatoriano los definió en el Artículo 1454 como “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”

CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec



Los actos jurídicos son consensuales o informales cuando el perfeccionamiento se da por la sola voluntad de las partes¹⁸; Ahora bien, dicha manifestación tiene que expresarse por medio de formas predeterminadas. Mientras tanto, son actos formales¹⁹ los que requieren en su otorgamiento o celebración la observancia prescrita en la ley o por la voluntad de las partes. Son informales – consensuales, aquellos cuyo perfeccionamiento y efectos civiles no están atados a una protocolo, más que el solo consentimiento.

Cuando la exigencia y cumplimiento prescrita por la Ley es un requisito para la existencia, a tal punto que su inobservancia se reputa como no manifestada la voluntad y por tanto no produzca ningún efecto civil, tales actos jurídicos en que las formalidades son *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus* se denominan solemnes. La regla general es que los contratantes tienen la libertad de escogencia de las formas de expresión de su voluntad, excepcionalmente la LEY pauta formalidades sustanciales²⁰.

La omisión de una forma, ¿Impide el perfeccionamiento del acto o por el contrario implica que las partes deban probar que la convención si existía por otros medios?

Al respecto el Código Civil ecuatoriano señala: en su *Artículo 1718.- La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal. Esta cláusula no tendrá efecto alguno. Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del empleado o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado, si estuviere firmado por las partes.*

Al respecto, el desarrollo tecnológico previsto en la Ley de Comercio Electrónico prevé

Artículo 2.- Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos.- Los mensajes de datos tendrá igual valor jurídico que los documentos escritos. Su eficacia, valoración y efectos se someterá al cumplimiento de lo establecido en esta ley y su reglamento.

Art. 6.- Información escrita.- Cuando la ley requiera u obligue que la información conste por escrito, este requisito quedará cumplido con un mensaje

¹⁸ Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 13. Página 4122. (Quito, 3 de junio de 2003) CONTRATOS CONSENSUALES. La regla general es que los negocios jurídicos son meramente consensuales, o sea que se perfeccionan por el concurso real de las voluntades de los que se obligan, salvo cuando una disposición legal expresa exige que se observen determinadas solemnidades constitutivas o sustanciales, o en los contratos reales que para su perfeccionamiento, a más del concurso real de las voluntades (y del cumplimiento de las solemnidades sustanciales, en su caso) se necesita de la entrega o tradición de la cosa a que se refiere. Por lo tanto **un contrato puede existir y generar efectos válidos, que merecen ser tutelados por el ordenamiento legal, aunque no se lo haya reducido a escrito**; únicamente cuando se lo quiere hacer valer ante terceros o se pretende reclamar en juicio los derechos de él nacidos, surge el problema de la probanza, ya que no se podrá acreditar su existencia exclusivamente con testimoniales, pero a falta de un instrumento escrito se los puede acreditar por los otros medios probatorios, como la confesión de la parte contra la cual se invoca el contrato, el juramento diferido, las presunciones.

¹⁹ Codificación 10 Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005. Artículo 1726.- Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América.

²⁰ Codificación 10 Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005. Artículo 1725.- No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito.

CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec





de datos, siempre que la información que este contenga sea accesible para su posterior consulta.

Criterio tecnológico recogido igualmente en la Resolución 143 No. ARCOTEL-2017-0143, a efectos de formalizar el consentimiento de un usuario, cliente o consumidor en telecomunicaciones, así:

Mensaje de confirmación: Mensaje enviado por el prestador del servicio de valor agregado para verificar la aceptación o cancelación expresa del servicio.

Modo Push: Un modo de entrega de contenido, el cual es provisto por el prestador del servicio sin requerimiento del abonado, cliente o usuario.

Modo Pull: Un modo de entrega de contenido, el cual es provisto a petición o requerimiento del abonado, cliente o usuario del servicio.

OPT-IN: Autorización expresa del abonado o cliente necesaria para la suscripción a servicios de valor agregado provistos por medio de mensajes masivos o individuales, o llamadas con fines de venta directa, comercial, publicitaria o proselitista.

- **La voluntad²¹ y su declaración**

En el derecho moderno y mayoritario, la forma de manifestación de voluntad debe ser legítima, es decir, cuando está ejecutada sobre el postulado de la consensualidad de los actos jurídicos, o cuando, tratándose de actos solemnes se ciñe a las prescripciones legales.

Es pertinente señalar que el régimen de libertad²² consensual, garantizado por la Constitución de la República a las partes en sus transacciones, atestigua la posibilidad de usar la expresión oral o escrita, la implementación de signos o realización de hechos que de acuerdo con la Ley o con los usos y costumbres se traduzcan de manera INEQUIVOCA cuál fue su voluntad convencional, legal y legítima de las partes.

- **La aceptación en los contratos consensuales**

Si el consentimiento consiste en el concurso real de las voluntades de dos o más personas, es obvio que este requisito específico solo existe en el momento en que todas y cada



²¹ Si el acto jurídico es una manifestación de voluntad encaminada a producir efectos jurídicos, es claro que no puede faltar como elemento interno y externo entre las partes. La voluntad real es la autodeterminación de uno o más agentes a la celebración de dicho acto.

²² Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Artículo 22.- Derechos de los abonados, clientes y usuarios. 2. A escoger con libertad al prestador del servicio, el plan de servicio, así como a la modalidad de contratación y el equipo terminal en el que recibirá los servicios contratados.

CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec



una de las partes han manifestado sus voluntades convergentes hacia un mismo querer. ¿Cómo se manifiesta este concurso real de voluntades? Mediante la propuesta y la aceptación.

Para fines del presente documento, nos concentraremos en la aceptación (como manifestación del consentimiento del usuario y cliente).

La Aceptación:

Es el acto de adhesión a la propuesta por la persona o personas a quienes esta se ha dirigido. Tal como la propuesta, la aceptación puede ser expresa o tácita.

- Es expresa la que se hace en termino explícitos, verbales o escritos.
- Es tácita cuando se da mediante hechos, que atendida las circunstancias revelan inequívocamente la intención de adherir a la propuesta.

En nuestro derecho, la aceptación de una oferta debe ser expresa o debe consistir en hechos de ejecución del contrato, de los que inequívocamente se pueda inferir la aceptación tácita de él.

Perfeccionamiento de la Aceptación.

En los mecanismos de perfeccionamiento a nivel mundial, los principales sistemas son:

Sistema Verbal²³: Tratándose de una convención verbalmente entre presentes o comunicadas por teléfono, no hay problema en reconocer que el momento en que se perfecciona la aceptación es cuando el oferente escucha la voluntad del comprador.

Señala el Código de Comercio ecuatoriano "Art. 145.- Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y surte todos sus efectos legales, a no ser que antes de darse la respuesta ocurra la retractación, muerte o incapacidad legal del proponente; salvo lo dispuesto antes sobre indemnización de gastos, daños y perjuicios.

Sistema de Declaración o Aprobación: Para que la convención quede perfeccionada basta simplemente que el destinatario de la oferta manifieste su voluntad de aceptarla, bien sea expresamente o mediante hechos inequívocos.

Al respecto el Código de Comercio señala "Art. 148.- Las ofertas públicas contenidas en circulares, catálogos, avisos publicitarios, proformas, obligan a quien las hace; salvo que en la misma oferta se señale un determinado plazo de validez de la misma o que las condiciones de la oferta original sean modificadas por una oferta posterior."



²³ Código de Comercio. Registro Oficial Suplemento 1202. **Artículo. 141.- Para que la propuesta verbal de un negocio obligue a un proponente, debe ser aceptada inmediatamente por la persona a quien se dirige. En defecto de esa aceptación, el proponente queda libre.**

CONEC S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec



- **El formalismo en los actos o negocio jurídico**

La doctrina mayoritaria reconoce que *Solus consensus obligat*. En virtud de ello, se entiende que el formalismo como posición excepcional, se remite a la sujeción de las manifestaciones de la voluntad privada a formas predeterminadas por la Ley²⁴. Ahora bien, el formalismo se clasifica en *ad solemnitatem* y *ad probationem*.

- **Ad Solemnitatem:** se limita a restringir los medios de expresión de la voluntad privada mediante el señalamiento de formas absolutas, fuera de las cuales esta se tiene por no manifestada.

Es fundamental resaltar lo impropio de hablar del formalismo *ad solemnitatem* refiriéndose a restricciones negativas de la libertad en la escogencia de aquellos medios, como cuando no se admite la aceptación de la oferta por el silencio porque no se admite la manifestación verbal u otro medio válido. Este tipo de restricciones negativas, representan una intervención en la esfera jurídica privada, que en ocasiones por razones de interés público, podrías acaecer en resguardo de intereses estatales, sin embargo al ser restricciones negativas, NO REPRESENTAN formalidades *ad solemnitatem*, puesto que la aceptación verbal entre negocios jurídicos privados es perfecta y válida.

- **Ad Probationem:** representa una restricción positiva a la libertad de las partes. Presume del señalamiento de formas jurídicas determinadas a la cual debe la voluntad amoldarse. Difiere éste del primero, por cuanto no repercute en la formación y perfeccionamiento del acto o negocio jurídico; sino únicamente en la prueba de ellos. El acto *ad probationem* nace perfecto y válido, independientemente de la forma legal prescrita.

- **CONCLUSIONES**

Los prestadores de servicios de telecomunicaciones, son comerciantes, por lo tanto la naturaleza jurídica de los contratos son mercantiles, con ello se demuestra la pertinencia del Código Civil y del Código Mercantil como fuentes del derecho para sustentar los criterios expuestos.

La regla general consagrada en el plexo normativo así como la doctrina, es que los contratos se perfeccionan de manera consensual y excepcionalmente existen limitaciones negativas a la regla, cuya interpretación es restrictiva.

En la actualidad coexisten tantas modalidades de manifestación de voluntad como pueden existir objetos de tráfico jurídico, por lo tanto, es deber de todo oferente cumplir con los requerimientos de claridad, certeza, gratuidad y no engaño en cuanto a la oferta.



²⁴ Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Artículos. 22.- Derechos de los abonados, clientes y usuarios.12. A que en la contratación de servicios se respeten los derechos constitucionales, legales y reglamentarios de los abonados, clientes y usuarios, de acuerdo con las condiciones generales o de ser el caso, modelos que apruebe y publique la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec



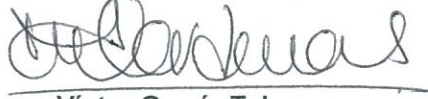
El sistema de aceptación verbal expresa de un contrato, es perfecto. Su reconocimiento expreso está consagrado tanto en normas generales de contratación civil y mercantil, como en reglamentación especial de telecomunicaciones. Una interpretación contraria es restrictiva de derechos.

Para que la propuesta verbal de un negocio obligue a un proponente, debe ser aceptada inmediatamente por la persona a quien se dirige. En defecto de esa aceptación, el proponente queda libre. Por lo tanto, toda Oferta²⁵ comunicada verbalmente por CONECEL a un usuario, cliente o consumidor genera obligaciones para sí misma, y de ser aceptada inmediatamente (por medio de cualquier mecanismo lícito, de manera libre y con conocimiento) es un contrato perfecto y surte efectos legales.

Conforme el Código Civil²⁶ "El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento." Criterio reconocido en la Gaceta Judicial, CONTRATOS CONSENSUALES, 03-jun-2003.

Sin otro particular y agradeciendo de antemano su gentil atención, reiteramos nuestros sentimientos de alta consideración y estima.

Muy atentamente,

por 

Víctor García Talavera
Director Regulatorio

Adjunto: Observaciones Individuales a cada Artículo

...// lgp



²⁵ Ley 21 Registro Oficial Suplemento 116 de 10-jul-2000 Oferta.- Práctica comercial consistente en el ofrecimiento de bienes o servicios que efectúa el proveedor al consumidor.

²⁶ Codificación 10 Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005. Artículo 1459.
CONECEL S.A.

Guayaquil: Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, edificio Centrum. **PBX:** 593 4 5004040

Quito: Av. Amazonas N44-105 y Río Coca, edificio Eteco. **PBX:** 593 2 5004040

Cuenca: Gran Colombia 797 y Luis Cordero, Torre de Negocios El Dorado. **PBX:** 593 4 2634193

www.claro.com.ec